This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 208 195

Digitized by Google

2 Bde
Y f50
(22)

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 4, 1906

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Das Recht

des

Bürgerlichen Gesetzbuchs

in

Einzeldarstellungen.

I.

Strohal, Das deutsche Erbrecht.

Erster Band.

Dritte Auflage.

Berlin 1903.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Digitized by Google

Das deutsche Erbrecht

auf Grundlage des

Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Dr. Emil Strohal,
Professor der Rechte in Leipzig.

Erster Band.

Dritte umgearbeitete und vermehrte Auflage.

Berlin 1903.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Digitized by Google

Rec. May 4, 1906

Digitized by Google

Dem Andenken

an

Otto Müller,

weiland Senior der Leipziger Juristenfakultät,

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort zur ersten Auflage.

Die vorliegende Arbeit ist aus einem Vortrage herausgewachsen, welchen der Verfasser am 2. Mai d. J. in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin über das Erbrecht der Reichstagsvorlage eines BGB. gehalten hat. Zugleich mit diesem Vortrage, welcher sich auf skizzenhafte Andeutungen beschränken mußte, und als Ergänzung desselben ausgearbeitet und schon von vorne herein als systematische Darstellung des behandelten Stoffes angelegt, hätte sie in ihrer ursprünglichen Gestalt als ein überall die hohe Achtung vor dem Werke der Gesetzgebungskommission bekundender, aber doch auch einzelne Bedenken nicht unterdrückender Beitrag zur sachlichen Beurteilung der Reichstagsvorlage noch im Sommer d. J. zur Veröffentlichung gelangen sollen. Allein genau zur Zeit, als der Druck beginnen sollte, war bereits mit Sicherheit vorauszusehen, daß die Verabschiedung des BGB. nicht erst im Spätherbste, wie man bisher annehmen zu dürfen geglaubt hatte, sondern noch im Laufe des Juli erfolgen werde. Bei solcher Sachlage mußte auf die Veröffentlichung der Arbeit in ihrer ursprünglichen Gestalt verzichtet, die Verabschiedung des BGB. abgewartet und der Darstellung sodann statt der Reichstagsvorlage das BGB. selbst zu Grunde gelegt werden. Die Vergleichung des letzteren mit der ersteren lieferte dem Verfasser übrigens den für ihn erfreulichen Beweis, daß einige der von ihm in seinem Vortrage gegebenen Anregungen nicht ganz erfolglos geblieben

Digitized by Google

sind. Vgl. z. B. §§ 1973, 1974, 2055, 2101, 2327, 2347 BGB. mit den entsprechenden §§ 1948, 1949, 2030, 2076, 2300, 2320 der Reichstagsvorlage.

Die angeführte Entstehungsgeschichte der Arbeit hat einige, wesentlich darauf, daß Schwierigeres vor weniger Schwierigem bevorzugt wurde, beruhende Ungleichmäßigkeiten in der Behandlung des Gegenstandes mit sich gebracht, welche der Verfasser zu entschuldigen bittet. Eine allseitig erschöpfende und überall auch das reiche Detail verarbeitende Darstellung des Erbrechts nach dem BGB. konnte und wollte auf den folgenden Bogen nicht gegeben werden. Hierzu hätte es nicht nur längerer Zeit, sondern vor allem auch eines größeren Raumes bedurft, als ihn der Verfasser vorläufig in Anspruch nehmen wollte. Aus demselben Grunde ist auf die Verwendung eines umständlichen Apparates verzichtet worden. Daß der Verfasser sich seine Aufgabe trotzdem nicht leicht gemacht hat, sondern, obschon auf neuem und für den ersten Bearbeiter recht gefährlichem Boden sich bewegend, in nicht seltenen Fällen in die Erörterung von Fragen eingetreten ist, welche jedenfalls nicht an der Oberfläche liegen, wird dem sachkundigen Beurteiler nicht entgehen.

Leipzig, den 18. Oktober 1896.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Vorwort zur zweiten Auflage.

Die erste Auflage dieses Buches ist seit langem vergriffen. Aus einem auf Grund der Reichstagsvorlage zum BGB. gehaltenen Vortrage entstanden, kurz gefaßt und rasch geschrieben, wollte und konnte sie das Erbrecht des BGB. nur in großen Umrissen darstellen. Die nunmehr abgeschlossene zweite Auflage bietet an Umfang und Inhalt erheblich mehr. Um ihr vollständiges Erscheinen nicht ungebührlich hinauszuschieben, entschloß ich mich, eine von mir inzwischen in Angriff genommene umfassende Darstellung des neuen deutschen Sachenrechts auf einige Zeit zurückzustellen.

Der Neubearbeitung des Erbrechts — denn von einer solchen darf ich wohl reden — sind die eingehenden Besprechungen, welche die erste Auflage durch Herrn Kollegen Hellmann und durch Herrn Unterstaatssekretär Dr. Küntzel erfahren hat, sehr zu statten gekommen. Das Gleiche gilt von der seither (zum Teile freilich erst nach der Veröffentlichung der ersten Abteilung d. B.) erschienenen erbrechtlichen Literatur.

Zu besonderem Danke, den ich hiermit gerne zum Ausdruck bringe, bin ich meinen jungen Freunden, Herrn Privatdozenten Dr. Titze in Göttingen und Herrn Dr. Hupka in Leipzig, ersterem für die Unterstützung bei der Korrektur und letzterem für die Herstellung des Sachregisters verpflichtet.

Digitized by Google

Das vorliegende Buch hätte eine Jubiläumsgabe für den langjährigen Senior der Leipziger Juristenfakultät, Otto Müller, werden sollen. Es war aber dem zu Feiernden nicht mehr vergönnt, sein Jubiläum zu erleben. Das Buch ist deshalb dem Andenken an den verewigten Kollegen gewidmet.

Leipzig, im Januar 1901.

E. Strohal.

Digitized by Google

Vorwort zur dritten Auflage.

Abermals mußte ich andere Arbeit unterbrechen, um dem Bedürfnis nach der Herstellung einer neuen Auflage meines Deutschen Erbrechts gerecht werden zu können. Die dabei — unter Berücksichtigung der seit der zweiten Auflage erschienenen Literatur und der bereits wichtig werdenden Rechtsprechung — angestrebte Vertiefung und reichere Ausgestaltung der Darstellung hat eine erhebliche Erweiterung des Umfangs des Werkes zur unvermeidlichen Folge gehabt und dadurch zugleich die Verteilung des Stoffes auf zwei Bände notwendig gemacht. Das System der zweiten Auflage ist durchaus beibehalten. Dasselbe gilt für Nummerierung der Paragraphen. Eingeschobene neue Paragraphen sind durch Beifügung von lateinischen Buchstaben zur festgehaltenen Nummer des vorangegangenen Paragraphen bezeichnet.

Nach meiner ursprünglichen Absicht hätten beide Bände gleichzeitig erscheinen sollen. Ich habe hiervon nachträglich nur deshalb Abstand genommen, um im zweiten Bande die eben erschienene zweite Abteilung (und vielleicht auch noch die demnächst zu erwartende dritte Abteilung) von Binders Werk: Die Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, gebührend berücksichtigen und verwerten zu können. Dem zweiten Bande — dessen Erscheinen also nur kurzen Aufschub erfährt — wird ein auf beide Bände sich erstreckendes ausführliches Sachregister beigegeben werden.

Digitized by Google

Bei der mühevollen Korrektur des vorliegenden Bandes sind mir Herr Kollege Dr. Rabel in Leipzig und Herr Dr. Krek aus Wien hülfreich zur Seite gestanden. Ich spreche beiden hiermit meinen herzlichsten Dank aus.

Zur erbrechtlichen Literatur der letzten Jahre gehören auch die drei ersten Lieferungen des auf S. 9 dieses Bandes genauer bezeichneten Lehrbuchs des Erbrechts von Paul Meyer. Der genannte Verfasser hat es für zulässig erachtet, sich die Arbeit dadurch zu erleichtern, daß er zahlreiche Stellen, ja mitunter ganze Seiten aus der zweiten Auflage meines Erbrechts teils wörtlich, teils fast wörtlich — und zwar in einer dieses Verfahren nicht offen kundgebenden, sondern verhüllenden Form — in die ersten beiden Lieferungen seines Lehrbuchs hinübernahm. Ich habe demgegenüber mein Recht in der denkbar zurückhaltendsten Art dadurch gewahrt, daß ich der Fortsetzung des Unfugs Einhalt gebot.

Florenz, Anfang April 1903.

E. Strohal.

Digitized by Google

Abkürzungen.

Das sämtliche Landesausführungsgesetze zum BGB. und dessen Nebengesetze enthaltende Sammelwerk von Becher ist nur mit dem Namen des Herausgebers unter Angabe des Bandes der Sammlung zitiert. Die wiederholte Berufung auf Lehmann bezieht sich auf die zweite Auflage des zweiten Bandes (1901) der von Enneccerus und H. O. Lehmann verfaßten Gesamtdarstellung des bürgerlichen Rechtes. Die sonstigen Abkürzungen dürften auch ohne Erläuterung vollkommen verständlich sein.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

1. Hauptstück.

Der Nachlaß und die Nachlaßbeteiligten.

I. Der Nachlaß eines Verstorbenen als Gegenstand der Erbfolge. § 1. 10
II. Die Erbfolge.
1. Notwendigkeit und Unmittelbarkeit der Erbfolge. § 2 24
2. Voraussetzungen der Erbfolge. § 3 27
3. Die grundsätzliche Gestaltung der Erbfolge. § 4 31
4. Erbrecht im subjektiven Sinne. § 5 34
III. Sonstiger Erwerb von Todeswegen und Verbindlichkeiten aus Auflagen. § 6 35

2. Hauptstück.

Die am Nachlaß erbrechtlich Beteiligten im einzelnen.

1. Abschnitt.

Gesetzliche Erbfolge und auf ergänzendem Rechtssatz beruhender Einzelerwerb.

1. Kapitel. Gesetzliche Erbfolge.
I. Im allgemeinen. § 7 40
II. Die Erbfolge der Verwandten.
1. Berechtigung zur Verwandtenerbfolge. § 8 43
2. Die Erbfolge der Verwandten im einzelnen. § 9 45
III. Die Erbfolge des überlebenden Ehegatten. § 10 51
IV. Der Fiskus als gesetzlicher Erbe. § 11 54
V. Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch Wegfall von Miterben. § 12 59
VI. Die Ausgleichung von Vorempfängen unter Abkömmlingen.
1. Gegenstand der Ausgleichung. § 13 61
2. Die bei der Ausgleichung beteiligten Personen. § 14 67
3. Die Durchführung der Ausgleichung. § 15 70
4. Die rechtliche Natur der Ausgleichung. § 16 77
2. Kapitel. Auf ergänzendem Rechtssatz beruhender Einzelerwerb. § 17. 79

Digitized by Google

2. Abschnitt.
Verfügungen von Todeswegen.

Seite

1. Kapitel. Allgemeines. § 18 81
2. Kapitel. Das Testament.
I. Errichtung des Testaments.
A. Fähigkeit zur Errichtung. § 19 84
B. Form.
1. Im allgemeinen. § 20 88
2. Die ordentlichen Testamentsformen.
a) Errichtung vor einem Richter oder Notar. § 21 91
b) Das eigenhändige Testament. § 21a 103
3. Außerordentliche Testamentsformen des BGB. § 22 . 116
4. Anderweite Testamentsformen. § 22a 119
II. Inhalt des Testaments.
A. Im allgemeinen. § 23 122
Fortsetzung (die Zuwendungen). § 24 130
Fortsetzung (Bedingungen und Befristungen). § 25 138
B. Erbeinsetzung. § 26 150
C. Einsetzung eines Nacherben.
1. Voraussetzungen der Nacherbfolge. § 27 163
2. Rechtliche Stellung des Vorerben bis zum Eintritt der Nacherbfolge. § 28 175
3. Eintritt der Nacherbfolge. § 28a 191
D. Vermächtnisse.
1. Im allgemeinen.
a) Die Personen des Vermächtnisses. § 29 199
b) Schranken der Wirksamkeit der Vermächtnisse. § 30 212
c) Erwerb und Ausschlagung. § 31 215
d) Der Vermächtnisanspruch. § 32 224
2. Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes.
a) Der Gegenstand gehört dem Erblasser. § 33 . . 230
b) Das Verschaffungsvermächtnis. § 34 244
3. Vermächtnis von Rechten an Sachen oder an Rechten. § 34a 248
4. Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache. § 35 250
5. Wahlvermächtnis. § 36 251
6. Befreiungs- und Schuldvermächtnis. § 37 253
7. Vermächtnisse besonderen Inhalts. § 37a 255
E. Auflagen. § 38 258
F. Testamentsvollstrecker.
1. Historisches. § 39 265
2. Die Testamentsvollstreckung nach dem BGB.
a) Anordnung der Vollstreckung, Beginn und Beendigung des Amtes. § 40 267

Digitized by Google

Seite

b) Wirkungskreis und Pflichten des Testamentsvollstreckers. § 40a 275
c) Rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung. § 40b 292
III. Unwirksamkeit und Aufhebung des Testaments.
A. Unwirksamkeit. § 41 296
B. Aufhebung. § 42 310
IV. Gemeinschaftliches Testament. § 43
A. Wesen, Voraussetzungen und Inhalt. § 43 319
B. Widerruf. § 43a 329
C. Besondere Fragen. § 43b 345
3. Kapitel. Der Erbvertrag.
I. Begriff und Abschluß. § 44 347
II. Rechtliche Natur und Wirkungen. § 45 359
III. Aufhebung des Erbvertrags. § 46 384
IV. Der zweiseitige Erbvertrag. § 47 402
4. Kapitel. Eröffnung der Verfügung von Todeswegen. § 48 408

3. Abschnitt.

Pflichtteilsrecht.

I. Die grundsätzliche Gestaltung des Pflichtteilsrechtes.
1. Pflichtteilsberechtigung und Pflichtteilsanspruch. § 49 . 415
2. Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern. § 50 426
3. Der gesetzliche Erbteil als Grundlage der Pflichtteilsberechnung. § 51 438
4. Der Betrag des Pflichtteils. § 52 443
5. Besondere Eigenschaften des Pflichtteilsanspruchs. § 53 451
6. Die Pflichtteilslast. § 54 457
II. Die Berücksichtigung von Vorempfängen.
1. Anrechnung auf den Pflichtteil. § 55 464
2. Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Pflichtteilsberechnung. § 56 473
III. Entziehung und Beschränkung des Pflichtteils. § 57 495
IV. Recht auf Ergänzung des Pflichtteils. § 58 505

4. Abschnitt.

Erbverzicht.

§ 59 527

5. Abschnitt.

Erbunwürdigkeit.

§ 60 542

Nachträge 551

Digitized by Google

Einleitung.

I. Infolge des Rezeptionsprozesses ist als Bestandteil des römischen Privatrechts auch das römische Erbrecht gemeines deutsches Recht geworden. Durch die Großartigkeit seines Aufbaus sowohl als auch durch den Reichtum seiner Ausgestaltung und die Feinheit seiner Durchbildung erwies es sich dem noch unfertigen heimischen Rechte gegenüber als weit überlegen, sodaß dieses nur geringen Widerstand leisten konnte. Allein die praktische Geltung der Sätze des römischen Erbrechts bedeutete nicht auch deren Aufnahme in das deutsche Rechtsbewußtsein. Zahlreicher als in den anderen Teilen des römischen Privatrechts sind im Erbrecht die nur historisch zu begreifenden Entscheidungen, und unausgeglichener als anderswo sind hier die Schichtungen von Rechtssätzen verschiedener Entwicklungsstufen. Und wenn schon die großen Grundgedanken des römischen Erbrechts ihre siegende Kraft auch bei uns bewährten, so standen neben ihnen doch zahlreiche Rechtssätze, die im Rechtsleben unserer Nation nur als Fremdkörper empfunden werden konnten. Die gewohnheitsrechtliche Entwickelung war jedoch nicht kräftig genug, um dem römischen Erbrecht gegenüber die erforderliche Ausscheidung und Umbildung durchzusetzen. Diese große Aufgabe wurde erst durch die unter dem Einfluß der naturrechtlichen Schule im Ausgang des 18. und im Beginn des 19. Jahrhunderts entstandenen deutschen Partikulargesetzgebungen, insbesondere durch das preußische allgemeine Landrecht und durch das österreichische BGB., und zwar im großen und ganzen in sehr glücklicher Weise gelöst. Auf den hierdurch gegebenen Grundlagen beruht das Erbrecht des BGB.[1]) Zu seinem

[1]) Auch das Erbrecht des Code civil und das des sächsischen BGB. sind übrigens nicht ohne Einfluß auf die Gestaltung des Erbrechts im Deutschen

Digitized by Google

Lobe darf gesagt werden, daß es der deutschen Rechtsauffassung breiten Raum zur Entwickelung eröffnet und seine partikularen Vorgänger an Schärfe und geistiger Durchdringung des Stoffes vielfach überragt.[2]) Von Mängeln ist es zwar sicherlich nicht ganz frei. Sie beruhen aber überwiegend darauf, daß wichtige Fragen des modernen Erbrechts, weil von der civilistischen Wissenschaft noch zu wenig durchgearbeitet, die erforderliche Abklärung überhaupt noch nicht gefunden haben. Dieses Versäumnis wird nunmehr auf Grundlage des BGB. nachgeholt werden müssen.

II. Die erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. haben nur das Privaterbrecht zum Gegenstande und lassen die kraft öffentlichen Rechtes eintretende eigenartige Vererbung öffentlichrechtlicher Befugnisse[3]) ganz unberührt. Der ursprünglichen Bedeutung des Ausdrucks

---

BGB. gewesen. Als nützliche Vorarbeit hat sich ferner der von F. Mommsen ausgearbeitete Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht (1876) erwiesen.

[2]) Ein erheblicher Anteil an diesem Erfolge gebührt auch den zum Teil sehr wertvollen kritischen Besprechungen der Entwürfe. Vgl. besonders Gierke: Der Entwurf und das deutsche Recht S. 505 ff.; Petersen: Berufung zur Erbschaft in Bekkers und Fischers Beiträgen, Heft 16; Eck: Die Stellung des Erben in denselben Beiträgen, Heft 17; Bähr: Gegenentwurf S. 345 ff.; Bingner (zu Entw. II) im sächs. Archiv V S. 593 ff., VI S. 1 ff.

[3]) Vgl. über sie den allerdings wenig ergiebigen Artikel von Bluntschli: Staatsrechtliches Erbrecht in Bluntschlis und Braters Staats-WB. Bd. 3 S. 413, und etwa noch G. Meyer: Lehrbuch d. deutsch. Staatsrechts 5. Aufl. § 85 (mit reichen Literaturangaben); Bornhak: Preuß. Staatsrecht I §§ 28, 29; Seydel: Bayrisches Staatsrecht I S. 386 ff.; Jellinek: Allgemeine Staatslehre (1900) S. 632 ff. Der scharfe Unterschied zwischen staatsrechtlicher und privatrechtlicher Vererbung ist erst das Ergebnis einer vielhundertjährigen Entwickelung. Das römische Recht hatte ein hoch entwickeltes Privaterbrecht, neben dem eine öffentlichrechtliche Vererbung zu klarer Ausgestaltung nicht gelangt war. Im deutschen Rechte gingen privatrechtliche und öffentlichrechtliche Vererbung vielfach ineinander über. Dem älteren deutschen Rechte war ein Privaterbrecht im Sinne des römischen und heutigen Rechtes überhaupt fremd. Es kannte nur geborene, nicht gekorene Erben und gab den nächsten oder gewissen nächsten Erben schon bei Lebzeiten des Erblassers ein Warterecht. Vgl. hierzu Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte (1901) S. 203 ff. Nach der Rezeption des römischen Rechts machte sich aber dann wieder das Bestreben geltend, selbst staatliche Befugnisse durchaus der romanistisch gedachten privatrechtlichen Vererbung zu unterwerfen. Die allmähliche Überwindung dieser Auffassung fällt mit der Entwickelung des modernen Staates zusammen.

Digitized by Google

Vererbung,[3a]) die unzweideutig auf einen durch Abstammung vermittelten Erwerb hinweist,[4]) entsprechend handelt es sich auch bei der öffentlichrechtlichen Vererbung um einen auf solcher Grundlage beruhenden Erwerb. Im Gegensatz zur privatrechtlichen Erbfolge, die den Tod eines Menschen, dessen Beerbung in Frage steht, zur notwendigen Voraussetzung hat, ist die öffentlichrechtliche Vererbung durch den Tod eines Menschen nicht schlechthin bedingt. In dieser Beziehung besteht übrigens zwischen den Fällen der öffentlichrechtlichen Vererbung folgende Verschiedenheit: In einer Gruppe von Fällen gestaltet sich die Vererbung der öffentlichrechtlichen Befugnis derart, daß sich der Erwerb des in der vom Gesetz verlangten Weise von einem andern Abstammenden schon mit der Geburt des Abstämmlings vollzieht.[5]) In einer andern Gruppe von Fällen[6]) gehört zum Wesen der in Frage stehenden Befugnis, daß sie jeweilig nur einer Person zustehen kann. Der Erwerb einer Befugnis dieser Art setzt also hier den Wegfall des bisherigen Trägers der Befugnis voraus. Dieser Wegfall kann aber nicht nur durch den Tod des letzteren eintreten, sondern auch durch dessen Verzicht (Renunziation, Abdankung). Solange übrigens der Wegfall des bisherigen Trägers der Befugnis noch nicht eingetreten ist, besteht doch für den kraft Abstammung zum eventuellen Erwerb der Befugnis Berufenen in aller Regel bereits eine feste, durch Anordnung des gegenwärtigen Trägers nicht entziehbare Anwartschaft.[6a])

III. Selbst das Privaterbrecht hat im BGB. eine völlig er-

[3a]) Grimm: Wörterbuch, Bd. 3 S. 708 ff.

[4]) In diesem Sinne spricht die Naturwissenschaft von einer Vererbung persönlicher Eigenschaften, insbesondere auch von einer Vererbung von Krankheiten.

[5]) Vgl. z. B. Preuß. LR. II, 9 §§ 2, 3, ferner Edikt über den Adel im Königreich Bayern § 1.

[6]) Man denke vor allem an die Thronfolge oder an die vererbliche Mitgliedschaft in der ersten Kammer. Der gleiche Gedanke ist übrigens auch in einzelnen Sondergebieten des Privatrechts, so im Lehnrecht und im Rechte der Familienfideikommisse zu überwiegender Geltung gelangt. Vgl. dazu Brunner über Primogeniturordnung in v. Holtzendorffs Rechtslexikon.

[6a]) In betreff der Thronfolgeordnung wird übrigens von den modernen Staatsrechtslehrern überwiegend gelehrt, daß sie in derselben Weise geändert werden könne, wie dies bei anderen verfassungsrechtlichen Normen möglich ist, ohne daß es hierzu also einer Zustimmung derjenigen bedürfe, welche nach dem früher bestehenden Rechte eine Aussicht auf die Thronfolge hatten.

Digitized by Google

schöpfende Behandlung nicht gefunden. Denn ganz abgesehen davon, daß dessen im fünften mit der Überschrift „Erbrecht" versehenen Buche enthaltene Bestimmungen durch die Vorschriften anderer Reichsgesetze, so z. B. des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der CPO., der KO. und hier und da auch durch Vorschriften der Landesgesetze ergänzt werden, entbehren sie auch insofern der Vollständigkeit, daß sie nur das sogenannte gemeine Erbrecht regeln und somit hinsichtlich gewisser Sondergebiete des Erbrechts das Landesrecht in Geltung belassen.

Durch das BGB. unberührt[7]) bleiben insbesondere:

1. Die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse und Lehen mit Einschluß allodifizierter Lehen, sowie über Stammgüter (Art. 59 EG.).

2. Die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke nebst deren Zubehör. Das Recht des Erblassers, über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück von Todeswegen zu verfügen, können jedoch die Landesgesetze nicht beschränken (Art. 64 EG.).

IV. In Ansehung gewisser Personenkreise gehen den erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. nach Maßgabe des EG. Vorschriften der Hausverfassungen und der Landesgesetze vor.

1. So finden nach Art. 57 EG. die Vorschriften des BGB. überhaupt und somit auch die erbrechtlichen Inhalts in Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern, ferner in Ansehung der Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Nassauischen Fürstenhauses nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

2. Nach Art. 58 EG. bleiben in Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter derjenigen Häuser, welche vormals reichsständisch gewesen und seit 1806 mittelbar geworden sind oder welche diesen Häusern bezüglich der Familienverhältnisse und der Güter durch Beschluß der vormaligen deutschen Bundesversammlung oder vor dem Inkrafttreten des BGB. durch Landesgesetz gleichgestellt

[7]) Vgl. übrigens auch Art. 62, 63 EG.

Digitized by Google

worden sind, die Vorschriften der Landesgesetze und nach Maßgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt. Das gleiche gilt zu Gunsten des vormaligen Reichsadels und derjenigen Familien des landsässigen Adels, welche vor dem Inkrafttreten des BGB. dem vormaligen Reichsadel durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind.

3. Nach Art. 216 EG. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Mitglieder gewisser ritterschaftlicher Familien bei der Ordnung der Erbfolge in ihren Nachlaß durch das Pflichtteilsrecht nicht beschränkt sind, in Ansehung derjenigen Familien in Kraft, welchen dieses Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. zustand.

V.[8]) Die erbrechtlichen Vorschriften des BGB. greifen grundsätzlich nur bei der Beerbung deutscher (d. i. reichsangehöriger) Erblasser durch. Trifft diese Voraussetzung zu, d. h. war der Erblasser zur Zeit seines Todes ein Deutscher (d. i. Reichsangehöriger), so wird er nach deutschem Rechte[9]) selbst dann beerbt, wenn er seinen Wohnsitz zur angegebenen Zeit im Auslande hatte; doch können sich die Erben in diesem Falle in Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auch auf die an dem Wohnsitze des Erblassers geltenden Gesetze berufen (Art. 24 Abs. 1, 2 EG.).

---

[8]) Auf eine eingehende Darstellung des sog. internationalen Erbrechts muß hier verzichtet werden. Die Ausführung des Textes beschränkt sich auf eine skizzenhafte Übersicht. Genaueres vgl. bei Planck VI; Niedner: Kommentar z. EG. (1899) und Niemeyer: Das internationale Privatrecht des BGB. (1901); ferner Zitelmann: Internat. PR. I (1897), II 1 (1898).

[9]) Zu den in diesem Falle zur Anwendung zu bringenden Vorschriften des BGB. gehören insbesondere auch die über die Voraussetzungen und Wirkungen einer vom Erblasser errichteten Verfügung von Todeswegen. In betreff der Form einer solchen genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem die Verfügung errichtet worden ist (vgl. Art. 11 Abs. 1 EG.). Besonderes bestimmt Art. 24 Abs. 3 EG. in betreff eines Ausländers, der, nachdem er eine Verfügung von Todeswegen errichtet oder aufgehoben hatte, die Reichsangehörigkeit nachträglich erwirbt. Hier wird die Gültigkeit der Errichtung oder Aufhebung — jedoch unbeschadet der Geltung der Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 — nach den Gesetzen des Staates beurteilt, welchem der Verfügende zur Zeit der Errichtung oder der Aufhebung angehörte. Der Erblasser behält ferner unter den angegebenen Voraussetzungen die Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todeswegen selbst dann, wenn er das nach den deutschen Gesetzen erforderliche Alter noch nicht erreicht hat.

Digitized by Google

Ein Ausländer[9a]) wird in aller Regel nicht nach deutschem Rechte, sondern nach dem Rechte desjenigen Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte, und zwar selbst dann, wenn er zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz in Deutschland hatte (Art. 25 Satz 1 EG.). Deutsches Recht kommt jedoch zur Anwendung:

1. Wenn und soweit die Gesetze des Staates, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehörte, für die Beerbung seiner Angehörigen die Anwendung des deutschen Rechtes anordnen (Art. 27 EG.).

2. In dem durch Art. 25 Satz 2 EG. bestimmten Falle. Wird nämlich ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes den Wohnsitz in Deutschland hatte, nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte, so können doch Deutsche in Ansehung des Nachlasses dieses Ausländers erbrechtliche Ansprüche regelmäßig auch dann geltend machen, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind; die Geltung dieses Satzes entfällt aber wieder, wenn nach dem Rechte des Staates, dem der Erblasser angehörte, für die Beerbung eines Deutschen, der seinen Wohnsitz in diesem Staate hatte, die deutschen Gesetze ausschließlich maßgebend sind (Art. 25 EG.).

In Ansehung derjenigen Gegenstände, welche nach den Gesetzen des Staates, wo sie sich befinden, erbrechtlichen Sondervorschriften unterliegen, bleibt es bei diesen Vorschriften, selbst wenn für die Beerbung des Erblassers, dem diese Gegenstände bisher zugehörten, im allgemeinen nicht das Recht des eben bezeichneten, sondern das eines anderen Staates[10]) maßgebend ist (Art. 28 EG.).

VI. Bezüglich der Frage, inwieweit erbrechtliche Verhältnisse nach dem BGB. oder aber nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen sind,[11]) gelten folgende Grundsätze:

[9a]) In betreff derjenigen Personen, welche keinem Staate angehören, vgl. Art. 29 EG.

[10]) Beispiele: Ein Erblasser, der im allgemeinen nach deutschem Rechte beerbt wird, war Inhaber eines in Österreich sich befindenden Familienfideikommisses. Hinsichtlich des letzteren bleibt nach Art. 28 EG. österr. Recht maßgebend. Oder umgekehrt: Ein Erblasser, der im allgemeinen nach österr. Rechte beerbt wird, war Inhaber eines in Deutschland sich befindenden Familienfideikommisses.

[11]) Eingehendes hierüber besonders bei Habicht: Einwirkung des BGB.

Digitized by Google

1. Ist der Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB., also vor dem 1. Januar 1900 gestorben, so bleiben für die sich dabei ergebenden erbrechtlichen Verhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren (Art. 213 EG.).

2. Ist der Erblasser dagegen erst nach dem unter Z. 1 bezeichneten Zeitpunkte gestorben, so greifen im allgemeinen die Vorschriften des BGB. durch. Hiervon treten jedoch folgende Abweichungen[12]) ein:

a) Die vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgte Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen wird nach den bisherigen Gesetzen beurteilt. Das gleiche gilt für die Bindung des Erblassers bei einem vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament (Art. 214 EG.).

b) Wer vor dem Inkrafttreten des BGB. die Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todeswegen erlangt und eine solche Verfügung errichtet hat, behält die Fähigkeit, auch wenn er das nach dem BGB. erforderliche Alter noch nicht erreicht hat (Art. 215 Abs. 1 EG.).

c) Die Vorschriften des § 2230 BGB. finden auch auf ein Testament Anwendung, das ein nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorbener Erblasser vor diesem Zeitpunkte errichtet hatte (Art. 215 Abs. 2 EG.).

d) Die Voraussetzungen und Wirkungen eines vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Erbverzichtsvertrags sowie eines vor dem bezeichneten Zeitpunkte zum Zweck der Wiederaufhebung des Erbverzichts geschlossenen Vertrags bestimmen sich nach den bisherigen Gesetzen (Art. 217 EG.).

VII. Materialien. Als solche kommen vorzugsweise in Betracht: Bd. V der Motive[13]) und Bd. V, z. T. auch Bd. VI der sehr wertvollen Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, ferner der Bericht der Reichstagskommission über das Erbrecht.[14])

---

auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. (1901). Vgl. ferner Planck VI und Riedner a. a. O.

[12]) Über Art. 216 EG. vgl. bereits oben IV Z. 3.

[13]) Ihre Benutzung erfordert wegen der bei der zweiten Lesung vorgenommenen wesentlichen Veränderungen große Vorsicht.

[14]) Beachtung verdienen die jetzt vorliegenden und auch auf das Erbrecht

Digitized by Google

VIII. Literatur.

A. Rechtsvergleichende Werke.

Gans: Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 4 Bde. (1824 bis 1836).

Lassalle: Das Wesen des röm. und germ. Erbrechts in hist.-philos. Entwickelung (1861, 2. unveränd. Aufl. 1881).

B. Römisches Recht.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp III (1901). Wird hier zitiert Windscheid III, hinsichtlich der auf das BGB. sich beziehenden Zusätze aber Kipp bei W. III.

Dernburg: Pandekten III, 6. Aufl. (1901).

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., II (1876).

Köppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 2 Bde. (1886 bis 1895).

Weitere Literaturangaben finden sich in den genannten Werken.

C. Deutsches Recht.

Siegel: Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des MA. (1853).

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts II (1886).

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts V (1885).

D. Partikulares Recht.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 4. Aufl., III (1896).

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts. 7. Aufl., IV (1897).

Gruchot: Preußisches Erbrecht, 3 Tle. (1865 bis 1867).

Roth: Bayrisches Civilrecht III (2. Aufl. v. Becher 1898/99).

Unger: Österreichisches Erbrecht (seit 1864 in mehreren unveränderten Auflagen).

Pfaff-Hofmann: Kommentar z. österr. bürg. GB. II (in Lieferungen seit 1877) und dazu Exkurse II (gleichfalls seit 1877).

Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Civilrechts, 8. Aufl., III (1895).

E. Deutsches bürgerliches Recht.

1. Kommentare.

Planck-Ritgen V (1899 bis 1902), ein Werk von großer Umsicht und Gründlichkeit.

Frommhold: Das Erbrecht des BGB. (1899, 1900).

Scherer: Erbrecht des BGB. (1900).

Wilke: Das Erbrecht (1900).

Herzfelder in v. Staudingers Kommentar V (1899 bis 1902).

---

sich erstreckenden Entwürfe von Civilgesetzbüchern für die Schweiz und für Ungarn.

Digitized by Google

2. Systematische Darstellungen.

Boehm: Das Erbrecht des BGB., 2. Aufl. (1900).

Pelargus: Das Erbrecht des BGB. Ein Hand- und Nachschlagebuch für jedermann (1899).

H. Mayer und R. Reis: Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, 3. Aufl. (1900).

Borcherdt: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, 3 Bde. (1900 bis 1901); ohne Literaturberücksichtigung.

Paul Meyer: Das Erbrecht des BGB. Ein Lehrbuch. Bis jetzt drei Lieferungen (1901, 1902) und zur Zeit noch weit von der Vollendung.

Außerdem kommen noch in Betracht die Gesamtdarstellungen des deutschen bürgerlichen Rechts von Cosack in Bd. 2 seines Lehrbuchs, 3. Aufl. (1901); Endemann in Bd. 3 des Lehrbuchs (1899, auch in späteren bisher unveränderten Auflagen); Matthiaß in Bd. 2 des Lehrbuchs, 3. Aufl. (1900); Kuhlenbeck in Bd. 3 des Werkes: Von den Pandekten zum BGB. und Leske: Vergleichende Darstellung des BGB. f. d. dtsch. Reich und des preuß. allg. Landrechts (seit 1898 in Lieferungen, noch unvollendet).

Schon hier zu nennen sind ferner folgende Schriften:

Hachenburg: Das BGB. f. d. dtsch. Reich, Vorträge, 2. Aufl. (1900), behandelt von S. 648 bis 732 erbrechtliche Fragen.

Rüger: Aus dem Erbrechte des BGB. im sächs. Archiv Bd. 9 S. 401 ff.

Weißler: Das deutsche Nachlaßverfahren (1900).

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, 1. u. 2. Teil (1901, 1903). Ein 3. Teil steht noch in Aussicht. Soweit Binder im folgenden ohne weitere Bezeichnung berufen ist, beziehen sich die Citate auf den 1. Teil des hier genannten Buches.

Märker: Die Nachlaßbehandlung, 17. Aufl., nach den Vorschriften des BGB. und seiner Nebengesetze bearbeitet von Köhne und Feist (1902).

Der ersten Auflage des vorliegenden Buches haben eingehende und sehr beachtenswerte Besprechungen gewidmet: Hellmann in der kritisch. Vierteljahrsschrift Bd. 39 S. 212 ff. und Küntzel in den Beiträgen zur Erläuterung des dtsch. Rechts Bd. 41 S. 449, 583 ff., 808 ff., auf die hiermit besonders aufmerksam gemacht wird.

Digitized by Google

1. Hauptstück.

Der Nachlaß und die Nachlaßbeteiligten.

I. Der Nachlaß eines Verstorbenen als Gegenstand der Erbfolge.

§ 1.

I. Das Rechtsleben des einzelnen Menschen bewegt sich zwischen Geburt und Tod. Wie der Mensch erst mit der Vollendung seiner Geburt rechtsfähig wird (§ 1), so kann er in Rechtsverhältnissen auch nur solange stehen, als er lebt. Der Tod eines Menschen führt daher mit Notwendigkeit zu einer Veränderung der Rechtsverhältnisse, deren Träger oder Mitträger der Verstorbene bisher gewesen ist. Die Art dieser Veränderung richtet sich nach der Beschaffenheit der in Frage kommenden Rechtsverhältnisse.

1. Die eintretende Veränderung kann zunächst darin bestehen, daß das Rechtsverhältnis schlechthin erlischt. So verhält es sich z. B. mit der rechtlichen Stellung einer Person als Ehegatte, Inhaber der elterlichen Gewalt, als gewaltunterworfenes Kind, als Vormund, Mündel, Pfleger, Testamentsvollstrecker u. dgl.

2. Bei Vermögensrechtsverhältnissen trifft das unter Z. 1 Gesagte nur ganz ausnahmsweise zu. Sie sind in aller Regel nicht höchstpersönlicher Natur, vermögen daher den Tod ihres bisherigen Trägers zu überdauern und bilden, soweit dies zutrifft, den der privatrechtlichen Erbfolge unterliegenden Nachlaß des Verstorbenen.

3. Eigenartig sind diejenigen Fälle, in welchen der bisherige Träger eines Rechtsverhältnisses bei Eintritt seines Todes von einem

Digitized by Google

neuen Rechtsträger abgelöst wird, ohne daß dabei etwas von dem Rechte des ersteren auf den letzteren übergeht.[1])

So verhält es sich vor allem bei der sogenannten successio ex pacto et providentia maiorum[2]) im Falle eines Familienfideikommisses. Dem jeweiligen Fideikommißinhaber kommt hinsichtlich der das Familienfideikommiß bildenden Rechtsverhältnisse nur eine zeitlich beschränkte Berechtigung zu. Die Rechtsverhältnisse des Familienfideikommisses gehören daher nicht zum Nachlaß des verstorbenen Fideikommißinhabers. Sie erlöschen aber auch nicht mit dem Tode des letzteren, sondern finden in dem zur Fideikommißnachfolge Berufenen ein neues berechtigtes Subjekt. Von der Erbfolge, bei der das Recht des Erblassers als ein auf den Erben übergegangenes und somit in dessen Person fortlebendes zu denken ist, unterscheidet sich die Fideikommißnachfolge wesentlich dadurch, daß die zum Familienfideikommiß gehörenden Rechtsverhältnisse schon von vorneherein darauf angelegt sind, eine ganze Reihe aufeinander folgender und nur auf Zeit berufener Rechtsträger zu haben.[2a])

Obschon das BGB. die Regelung des Instituts des Familienfideikommisses dem Landesrechte überläßt, ergeben sich doch auch innerhalb des von ihm selbst beherrschten Gebietes verwandte Gestaltungen und zwar:

a) Bei der Nacherbfolge,[3]) wenn der Eintritt derselben mit

---

[1]) Zustimmend Schultzenstein, Konzession und Erbrecht im Verwaltungsarchiv Bd. 10 S. 123.

[2]) Vgl. über sie besonders Pfaff-Hofmann, Exkurse über österr. allg. bürgerliches Recht Bd. II S. 219 ff. und Gierke im Handwörterbuch für Staatswissenschaften, Art. Familienfideikommisse.

[2a]) Eine Sukzession im technischen Sinne liegt beim Familienfideikommiß nur insofern vor, als der erste Dritterwerber des Fideikommisses und dessen Nachfolger allerdings Sukzessoren des Fideikommißstifters sind.

[3]) Von der Auffassung des Textes weicht wesentlich ab Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901), vgl. besonders S. 219 ff. Nach Hellwigs Meinung ist der Nacherbe wahrer Rechtsnachfolger des Vorerben, nicht bloß in dem Sinne, daß der Nacherbe dem Vorerben in der Erbenstellung tatsächlich nachfolgt, sondern in der Art, daß der Nacherbe sein Recht allseitig von dem des Vorerben ableitet (vgl. dazu a. a. O. S. 94, 95). Hellwigs Lehre ist offenbar eine Konsequenz des Standpunktes, welchen er hinsichtlich der Frage einnimmt, wie es sich mit der Rechtsnachfolge beim Rückfall eines auflösend bedingt oder mit beigefügtem Endtermin übertragenen Rechtes auf den Übertragenden nach Eintritt der Bedingung, des Zeitpunktes

Digitized by Google

dem Tode des Vorerben zusammentrifft (§ 2106 Abs. 1). Der Komplex von Rechtsverhältnissen, aus denen sich die vom Vorerben auf Zeit erworbene Erbschaft zusammensetzt, gehört nicht zum Nachlaß des Vorerben,[4]) sondern fällt mit dem Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge ohne weiteres dem Nacherben zu (§ 2139).

b) Eine ähnliche Bewandtnis hat es mit gewissen Erscheinungen bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach Maßgabe der §§ 1490, 1557. Haben Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart, und hat diese bis zur Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten fortgedauert, so wird bei Vorhandensein gemeinschaftlicher Abkömmlinge die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und denjenigen gemeinschaftlichen Abkömmlingen, welche im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben des verstorbenen Gatten berufen sein würden,[5]) fortgesetzt, und gehört somit der Anteil des verstorbenen Gatten in diesem Falle nicht[6]) zu dessen, der Vererbung nach § 1922 unterliegendem Nachlaß (§ 1483). Handelt es sich dabei aber auch nicht um eine Erbfolge im Sinne des V. Buches des BGB., so liegt doch eine Rechtsnachfolge der vorbezeichneten Abkömmlinge in das

---

verhält. Gegen die allgemeine Meinung (vgl. Motive I S. 387, 391; Planck I Vorbemerkung IV 3. 5 b. a. E. und Erl. 3 z. § 161; Hölder, Kommentar, Erl. z. § 221; Kipp bei W. II, Zusatz z. § 330) will Hellwig den rückfallsberechtigten Veräußerer selbst hier nach allen Richtungen hin als Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten behandelt wissen (vgl. a. a. O. S. 111 ff.). Die Unhaltbarkeit dieser Meinung dürfte sich aber bereits aus folgendem Beispiel ergeben. Nachdem A dem B eine bewegliche Sache in anfechtbarer Weise zu Eigentum übertragen hat, überträgt B das Eigentum dieser Sache an C mit Beifügung einer auflösenden Bedingung. Ist letzterer in Ansehung des Rechtes seines Vormanns in gutem Glauben, so ist sein Recht für die ihm durch die auflösende Bedingung gesetzte Lebensdauer ein unanfechtbares. Fällt das Eigentum der Sache nach Eintritt der auflösenden Bedingung wieder an den B zurück, so erlangt es dieser — dafern nur die Anfechtungsfrist noch nicht verstrichen ist — offenbar als ein der Anfechtung unterliegendes, d. h. so wie es bei ihm vor der Übertragung an den C beschaffen war. Damit ist Hellwigs Ansicht bereits widerlegt. Denn ihr zufolge müßte dem B der Umstand zu statten kommen, daß C bereits unanfechtbares Eigentum erworben hatte. In betreff der Nacherbfolge vgl. noch unten § 48a bei Anm. 11, 12, 13.

[4]) Vgl. auch hierzu Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 186.

[5]) Ob sie in Ansehung dessen, was den Nachlaß wirklich bildet, Erben werden, ist gleichgültig.

[6]) Vgl. aber doch auch § 1483 Abs. 2.

Digitized by Google

Anteilsrecht des verstorbenen Gatten am Gesamtgut vor.[7]) Die Analogie mit der Familienfideikommiß-Nachfolge bezw. mit der Nacherbfolge tritt erst hervor, wenn ein anteilsberechtigter Abkömmling während der Dauer der fortgesetzten Gütergemeinschaft stirbt. Das Anteilsrecht eines solchen Abkömmlings stellt sich in diesem Falle als ein auf dessen Lebenszeit beschränktes dar und gehört aus diesem Grunde nicht zu seinem Nachlaß. Hinterläßt er Abkömmlinge, die anteilsberechtigt sein würden, wenn die Voraussetzungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft erst jetzt gegeben wären,[8]) so treten sie, nicht kraft Erbrechts, sondern kraft eines Familienmitgliedschaftsrechts an seine Stelle. Hinterläßt er solche Abkömmlinge nicht, so wächst sein Anteil den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen und in Ermangelung solcher dem überlebenden Ehegatten zu (§ 1490). In diesem Vorgange liegt aber nicht nur keine erbrechtliche, sondern überhaupt keine Rechtsnachfolge in die Rechtsstellung des in Wegfall gekommenen Abkömmlings.[9]) Denn derjenige, welchem das Anteilsrecht des letzteren nunmehr zukommt, leitet seine Rechtsstellung in

---

[7]) Die bezeichneten Abkömmlinge sind Rechtsnachfolger des verstorbenen Ehegatten in gleicher Weise wie der erste Dritterwerber eines Familienfideikommisses Rechtsnachfolger des Fideikommißstifters oder wie es derjenige, welchem ein Recht vom bisher Berechtigten mit Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins übertragen wurde, im Verhältnis zum Übertragenden ist. Vgl. auch Planck-Unzner IV, Vorbem. 2 z. § 1482, aber auch Hellwig a. a. O. S. 212. Hier kann auf den Punkt nicht weiter eingegangen werden.

[8]) Anders drückt sich das Gesetz aus. Es redet (§ 1490 Satz 2) von Abkömmlingen des verstorbenen Abkömmlings, die anteilsberechtigt sein würden, wenn dieser den verstorbenen Ehegatten nicht überlebt hätte. Diese Fassung ist irreführend. Denn ihr zufolge möchte man im ersten Augenblicke glauben, daß die erst nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten erzeugten entfernteren Abkömmlinge im Falle des § 1490 von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind. Selbverständlich ist dies nicht die Absicht des Gesetzes. Das Gegenteil ergibt sich aus § 1503 Abs. 1. Was das Gesetz wirklich sagen will, ist nur, daß von der Anteilsberechtigung an der fortgesetzten Gütergemeinschaft diejenigen Abkömmlinge des verstorbenen Abkömmlings ausgeschlossen sind, welche z. B. wegen Erbunwürdigkeit Erben des verstorbenen Gatten nicht sein könnten, dafern dieser zu der Zeit gestorben wäre, in der die Anteilsberechtigung der entfernteren Abkömmlinge praktisch wird.

[9]) Anders Hellwig a. a. O. S. 216 ff.; er betrachtet die nunmehrigen Erwerber der Anteilsberechtigung als Rechtsnachfolger des weggefallenen Abkömmlings. Vgl. aber dagegen die folgende Anm.

Digitized by Google

keiner Weise davon ab, daß der in Wegfall gekommene Abkömmling bisher anteilsberechtigt war.[10])

II. Die privatrechtliche gemeine Erbfolge ist ein Vorgang, vermöge dessen das Vermögen des Verstorbenen (sein Nachlaß) als „Ganzes" auf einen Gesamtnachfolger übergeht. Dieser Gesamtnachfolger heißt Erbe. Mit Rücksicht hierauf wird der Verstorbene als Erblasser und dessen Nachlaß auch als Erbschaft bezeichnet.[11]) Darüber, wie man sich die erbrechtliche Gesamtnachfolge zu denken habe, gehen die Meinungen auseinander:

1. Eine vielverbreitete Ansicht geht dahin, daß zu dem „Vermögen" einer Person lediglich die der letzteren zukommenden Vermögensrechte (die Aktiva) gehören, nicht auch die Verbindlichkeiten (die Passiva). Dementsprechend seien auch unter dem Nachlaß, der Erbschaft eines Verstorbenen, lediglich die der privatrechtlichen Vererbung nicht entzogenen vermögensrechtlichen Berechtigungen, nicht auch die Verbindlichkeiten des Erblassers zu verstehen. Hieran werde auch dadurch nichts geändert, daß nach § 1922 das Vermögen des Verstorbenen als „Ganzes" auf den Erben übergehe. Denn hierdurch sei nur der Übergang aller vererblichen Rechte des Erblassers auf den Erben als ein auf Grund einheitlicher causa erfolgender charakterisiert. Kraft positiver Bestimmung (§ 1967) haftet der Erbe allerdings auch für die Verbindlichkeiten des Erblassers.[12]) Allein diese Haftung sei etwas zur Nachfolge des Erben in das Vermögen des Erblassers nur äußerlich hinzutretendes. Die successio per universitatem sei ihrem Wesen nach ein adquirere per universitatem. Aus Gründen der Billigkeit lege jedoch die Rechtsordnung dem Erben als Last des von ihm per universitatem erworbenen Vermögens die Haftung für die Verbindlichkeiten auf. Seien die

[10]) So wird insbesondere die Rechtsstellung des nunmehrigen Erwerbers der Anteilsberechtigung in keiner Weise dadurch beeinträchtigt, daß sich hinterher der Mangel der Anteilsberechtigung des Weggefallenen (z. B. wegen Unwürdigkeit oder wegen rechtsgültiger Ausschließung von der Anteilsberechtigung) herausstellt.

[11]) Dem entsprechend bedient sich das BGB. des Wortes „Nachlaß", wenn es lediglich das vom Erblasser hinterlassene Vermögen bezeichnen will, des Ausdrucks „Erbschaft" dagegen, wenn es die rechtliche Beziehung des Erben zu diesem Vermögen in Betracht zieht.

[12]) Für das römische Recht kommt hierbei eine Bestimmung der XII Tafeln in Betracht. Vgl. Pernice, Labeo I S. 331.

Digitized by Google

letzteren aber nur Last des ererbten Vermögens, so ergebe sich daraus von selbst, daß sie als Bestandteile desselben nicht in Betracht kommen könnten.[13])

2. Eine andere Auffassung versteht unter dem als „Ganzes" auf den Erben übergehenden Vermögen des Verstorbenen im Sinne des § 1922 die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers, soweit sie mit dessen Tode nicht erlöschen. Zu diesen Beziehungen gehören aber auch die Verbindlichkeiten des Erblassers.[14])

Wie hat man zu entscheiden?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Ausdruck „Vermögen" sehr oft nur in dem unter Z. 1 bezeichneten Sinne gebraucht wird und daß insbesondere unter dem Ausdruck „Nachlaß", „Erbschaft", regelmäßig nur die Gesamtheit der dem Erblasser zuständig gewesenen und auf den Erben übergegangenen Berechtigungen verstanden wird.[15]) In Ansehung des nach § 1922 „als Ganzes" auf den Erben übergehenden Vermögens des Erblassers ist jedoch nur die Auffassung unter Z. 2 gerechtfertigt.[16]) Hierfür sprechen folgende Gründe:

a) Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Erblasser keine Berech-

---

[13]) Diese Auffassung ist für das römische Recht zuerst von Birkmeyer, Vermögen im juristischen Sinne (1879) eingehend verteidigt worden. Einzelne Mitglieder der II. Kommission haben sich ihr angeschlossen, während andere entschieden widersprachen (vgl. Protokolle V S. 649, 650). Von den neueren Schriftstellern, insbesondere von denen über unser neues bürgerliches Recht, stellen sich nicht wenige auf den Standpunkt Birkmeyers, so insbesondere Binder, Rechtsstellung des Erben (1901) S. 7 ff.; Kipp bei W. I, Zusatz z. § 182; Hellwig, Rechtskraft S. 310; Dernburg, das bürgerliche Recht I § 103.

[14]) Grundsätzlich für diese Auffassung Savigny, System III § 105; Pernice, Labeo I S. 323 ff.; Unger, Erbrecht, § 2; Windscheid III § 528; Regelsberger, Pandekten I § 95; Gierke, deutsches Privatrecht I S. 275, Anm. 24; Leske a. a. O. S. 1004.

[15]) Vgl. hierzu § 419 Abs. 2 Satz 1 („die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche"), § 1975 („die Haftung des Erben beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn" u. s. w.). Weitere Nachweisungen bei Binder.

[16]) Eine ausreichende Begründung der hier vertretenen Ansicht ist bisher noch nicht gegeben worden.

Digitized by Google

tigungen, sondern lediglich Verbindlichkeiten hinterläßt, und es ist völlig zweifellos, daß nach dem BGB. auch hinsichtlich eines solchen Erblassers Beerbung stattfindet. Während dies nach der Auffassung unter Z. 2 nicht die geringsten Schwierigkeiten bereitet, versagt die unter Z. 1 bezeichnete Auffassung hier vollständig.[17])

b) Nach der Auffassung unter Z. 1 würde sich die Erbfolge darin erschöpfen, daß der Erbe per universitatem in die vererblichen Vermögensrechte des Erblassers eintritt und daß er mit Rücksicht auf diesen Erwerb kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung die Verbindlichkeiten des Erblassers als Last zu tragen hat. In Wahrheit verhält es sich aber anders. Es gibt zahlreiche vermögensrechtliche Beziehungen des Erblassers, die weder den Charakter von subjektiven Rechten noch den von Verbindlichkeiten haben und die trotzdem vermöge der Erbfolge nunmehr für den Erben in gleicher Weise maßgebend sind, wie sie es vorher für den Erblasser waren.[18]) So geht nach § 857 (abweichend vom römischen und gemeinen Rechte) der Besitz des Erblassers auf den Erben über,[19]) so erlischt die erteilte Prokura nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts (§ 52 HGB.) und wird die Prozeßvollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht aufgehoben (§ 86 CPO.). Ja selbst nach bürgerlichem Rechte ist es mit Rücksicht auf § 168 sehr wohl möglich, daß die vom Erblasser erteilte Vollmacht noch nach dessen Tode fortwirkt. War der Erblasser fehlerhafter Besitzer, so muß auch der Erbe die Fehlerhaftigkeit dieses nach § 857 auf ihn übergegangenen Besitzes gegen sich gelten lassen (§ 858 Abs. 2). Befand sich der Erblasser im Ersitzungsbesitz einer Sache, so geht die condicio usu-

---

[17]) Denn wenn das Wesen der Erbfolge in dem Übergang der Nachlaßaktiven besteht, so kann es bei Nichtvorhandensein von Nachlaßaktiven zu einer Erbfolge gar nicht kommen. Vgl. übrigens hierzu die recht gewundenen Ausführungen von Birkmeyer S. 279, 280.

[18]) Binder S. 39 ff. erkennt dies unbefangen an und sucht sich durch die Annahme zu helfen, daß auf den Erben außer den vermögensrechtlichen Berechtigungen des Erblassers auch noch manches andere übergeht, was Recht im technischen Sinne nicht ist, so z. B. die condicio usucapiendi u. drgl. Muß dies aber schon einmal zugegeben werden, so erweist sich der im Texte vertretene Standpunkt als der dem Wesen der Sache allein entsprechende.

[19]) Vgl. dazu des Verfassers Sachbesitz nach dem BGB. in Iherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 96 ff. und dazu die durchaus nicht einwandfreien, aber hier noch nicht zu besprechenden Ausführungen von Binder S. 49 ff.

Digitized by Google

capiendi[20]) auf den Erben über (§ 943). Hatte der Erblasser seine Einwilligung (§§ 182, 183) zu einem von einem anderen künftig vorzunehmenden einseitigen Rechtsgeschäft oder zu einem zwischen anderen Personen abzuschließenden Vertrag erteilt, so ist sie, sofern sich nicht nach der Besonderheit des Falles ein anderes ergibt, auch im Verhältnis zum Erben wirksam.[21]) In gleicher Weise wirkt auch eine vom Erblasser hinsichtlich eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück erteilte und ihn dinglich bindende Eintragungsbewilligung (vgl. §§ 873 Abs. 2, 875 Abs. 2) gegen den Erben. Nach § 153 geht, soweit nicht ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist, auch die Gebundenheit aus einem vom Erblasser einem anderen gestellten Antrag auf den Erben über.[22]) War zu Gunsten des Erblassers eine unrichtige Eintragung im Grundbuch erfolgt, so richtet sich der Berichtigungsanspruch des Beeinträchtigten (§ 894) nach dem Tode des Erblassers gegen den Erben. Hatte zwischen dem Erblasser und einem anderen eine Einigung stattgefunden, daß eine später stattfindende Zuwendung als schenkweise erfolgt anzusehen sei (§ 516), oder daß eine später erfolgende bücherliche Eintragung (§ 873) zu Gunsten des Einzutragenden wirksam werden solle, so erweist sich jene Einigung für den Erben auch dann als maßgebend, wenn die Zuwendung bzw. die Eintragung selbst erst nach dem Tode des Erblassers stattgefunden hat.

Mit Rücksicht auf all dies muß daran festgehalten werden, daß der Erbe als Gesamtnachfolger des Erblassers hinsichtlich aller von der Vererbung nicht ausgeschlossenen vermögensrechtlichen Beziehungen in dessen Rechtsstellung[23]) und somit in diesem Sinne in das universum ius defuncti eintritt.[24])

---

[20]) Vgl. hierzu die zutreffende Ausführung von Binder S. 41 ff.

[21]) Man denke z. B. daran, daß der Erblasser die in den §§ 876, 880 erwähnten Zustimmungen im voraus erklärt hat.

[22]) Erwähnung verdient auch die Vererblichkeit der im § 791 bezeichneten Rechtspositionen.

[23]) Eine jetzt völlig überwundene ältere Lehre erblickte das Wesen der Erbfolge in der Fortsetzung der „vermögensrechtlichen Persönlichkeit" des Erblassers durch den Erben. Vgl. hierüber und dagegen besonders Unger § 2 Anm. 7, Windscheid III, § 528 bei Anm. 7 und Hölder in der Savigny-Zeitschrift, Roman. Abt. Bd. 16 S. 221 ff.

Digitized by Google

III. Daß sich die privatrechtliche Erbfolge auf die öffentlichrechtliche[24a]) und familienrechtliche Stellung, welche dem Erblasser bisher zukam,[25]) nicht erstreckt,[25a]) ergibt sich schon aus ihrem Wesen. Hinsichtlich der vermögensrechtlichen Verhältnisse des Erblassers ist noch folgendes zu bemerken:

1. Sie unterliegen der Vererbung insoweit nicht, als sie höchst persönlicher Natur sind und daher mit dem Tode des Berechtigten erlöschen. Aus diesem Grunde[26]) sind unvererblich:

a) Die Mitgliedschaft bei einem rechtsfähigen Vereine, dafern nicht die Satzung ein anderes bestimmt (§§ 38, 40).

b) Das obligationenrechtliche Vorkaufsrecht[27]) nach der Regel des § 514. Sie ist jedoch keine schlechthin durchgreifende. Die Parteien können ein Vorkaufsrecht auch als ein vererbliches schaffen und Vererblichkeit tritt sogar im Zweifel dann ein, wenn das Recht auf

---

24) Vgl. hierzu l. 11 D. 44. 3, wo Papinian aus der Sukzession des Erben in universum ius defuncti die Konsequenz ableitet, daß der Erbe hinsichtlich derjenigen Sachen, welche er als Erbe besitzt, die vitia gegen sich gelten lassen muß, mit welchen der Besitz des Erblassers behaftet war. Auf successio in universum ius defuncti kommt aber schließlich selbst Binder S. 73 hinaus.

24a) Eigenartig ist die Vorschrift des § 46 Gew.-O. in betreff der Fortführung eines Gewerbes nach dem Tode eines Gewerbetreibenden. Es handelt sich dabei weder um privatrechtliche noch um öffentlichrechtliche Vererbung. Vgl. darüber Schultzenstein a. a. O.

25) Unvererblich sind daher insbesondere die familienrechtlichen Anfechtungsrechte, so z. B. das Recht eines Ehegatten zur Anfechtung der Ehe (§ 1338) und das Recht des Ehemanns zur Anfechtung der Ehelichkeit eines von der Ehefrau geborenen Kindes (§ 1593). Daraus, daß die Unehelichkeit des Kindes wie von jedem anderen, so auch von dem Erben des Ehemanns „geltend gemacht" werden kann, wenn der letztere gestorben ist, ohne sein Anfechtungsrecht verloren zu haben, darf ein Schluß auf die Vererblichkeit dieses Anfechtungsrechtes keineswegs gezogen werden; denn die nunmehr jedem zustehende Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes ist keine Anfechtung der Ehelichkeit.

25a) Die Vererblichkeit von Erbbegräbnissen und Kirchstühlen bestimmt sich nach den landesgesetzlichen Vorschriften (vgl. Art. 133 EG.). In betreff der Orden und Ehrenzeichen des Erblassers vgl. Borcherdt S. 123.

26) Die hierbei in Frage kommenden Bestimmungen sind übrigens nicht durchaus zwingender Natur, sondern lassen zum Teil dem abweichenden Parteienwillen noch einigen Spielraum.

27) Der Vererbung nicht entzogen ist die Rechtsstellung des Vorkaufsverpflichteten.

Digitized by Google

eine bestimmte Zeit beschränkt ist. Das im § 2034 bestimmte Vorkaufsrecht ist im Gesetz sogar ausdrücklich als vererblich erklärt. Die Vererbung des Wiederkaufsrechtes unterliegt einer gesetzlichen Einschränkung nicht.

c) Die Haftung aus einem auf Gewährung einer Unterstützung in wiederkehrenden Leistungen gerichteten Schenkungsversprechen in Ansehung von bei Lebzeiten des Schenkers nicht bereits fällig gewordenen Leistungen, soweit sich nicht aus dem Vertrag ein anderes ergibt (§ 520).

d) Das Recht zum Schenkungswiderruf, mit Ausnahme des Falles, daß der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder am Widerruf gehindert hat (§ 530). Mit Rücksicht darauf, daß der Schenkungswiderruf nach dem Tode des Beschenkten nicht mehr zulässig ist (§ 532), ist auch unvererblich die Belastung des Beschenkten mit dem Widerrufsrecht des Schenkers.

e) Die Verpflichtung zu der aus einem Dienstvertrag geschuldeten Dienstleistung,[28]) soweit — und dies ist im Zweifel anzunehmen — die Dienste vom Verpflichteten in Person zu leisten sind (§ 613), desgl. im Zweifel die Verpflichtung des Beauftragten zur Ausführung des Auftrags (§ 673).[29])

f) Das Recht auf Gewährung einer Leibrente, soweit nicht Ansprüche wegen der dem Berechtigten bereits angefallenen, aber noch nicht entrichteten Rentenleistungen in Frage kommen (§§ 759, 760).

g) Die in den §§ 847, 1300 bezeichneten Schadensersatzansprüche, dafern sie nicht schon bei Lebzeiten des Berechtigten durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sind. Im übrigen sind Schadensersatzansprüche und desgl. Verbindlichkeiten zur Leistung von

---

[28]) Die aus einem Werkvertrag entspringende Verpflichtung zur Herstellung des Werkes ist grundsätzlich vererblich; unvererblich aber dann, wenn die Herstellung durch den ursprünglich Verpflichteten in Person zu erfolgen hatte. Die Rechte und Verbindlichkeiten des Verlegers aus einem Verlagsvertrag (vgl. jetzt RGes. vom 19. 6. 1901) sind zweifellos vererblich. Unvererblich ist dagegen die Verpflichtung des Verfassers zur Herstellung oder Vollendung des „Werkes"; im übrigen sind auch die Rechte und Verbindlichkeiten des Verfassers oder desjenigen, welcher, ohne „Verfasser" zu sein, den Verlagsvertrag mit dem Unternehmer abgeschlossen hat (vgl. § 48 d. beruf. Ges.), vererblich.

[29]) Im Gegensatz zum röm. R. erlischt dagegen ein Auftrag im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers (§ 672).

Digitized by Google

Schadensersatz, insbesondere auch die aus unerlaubten Handlungen nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften vererblich.[30])

h) Der Anspruch auf eine noch nicht rechtskräftig zuerkannte Buße (§§ 444, 495 StPO.), desgl. die Verpflichtung zur Leistung einer noch nicht rechtskräftig zuerkannten Geldstrafe (§ 30 StGB.).[31])

i) Der Nießbrauch (§ 1061) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090). Ferner das dingliche Vorkaufsrecht nach der auch hier eingreifenden, aber nicht ausnahmslosen Regel des § 514 (§ 1098). Unvererblich ist selbstverständlich auch der obligatorische Anspruch auf Bestellung eines unvererblichen dinglichen Rechtes.[32])

k) Das auf Verwandtschaft beruhende Recht und die hierauf beruhende Verpflichtung zur Leistung von Unterhalt, soweit nicht Ansprüche oder Verpflichtungen auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung für die Vergangenheit oder auf solche im voraus zu bewirkende Leistungen, die zur Zeit des Todes des Berechtigten oder des Verpflichteten fällig sind, in Frage kommen (§§ 1613, 1615). Dasselbe gilt im allgemeinen auch für die auf dem ehelichen Verhältnis begründeten Unterhaltsberechtigungen oder Unterhaltsverpflichtungen (vgl. § 1615 in Verbindung mit § 1608). Die im Falle einer Ehescheidung für den allein für schuldig erklärten Teil dem anderen Teile gegenüber eintretende Unterhaltsverpflichtung ist jedoch nach § 1582 vererblich. Hinsichtlich der Unterhaltsberechtigung des unehelichen Kindes gilt dasselbe, was oben in betreff der auf Verwandtschaft beruhenden Unterhaltsberechtigung gesagt worden ist (§ 1713). Die den unehelichen Vater treffende Unterhaltspflicht geht dagegen nach Maßgabe des § 1712 auf den Erben des Vaters über; hinsichtlich des dem Erben hierbei zukommenden Abfindungsrechtes vgl. § 1712 Abs. 2.[33])

---

[30]) Nach röm. R. ging eine aus Delikten entstandene Schadensersatzverpflichtung auf den Erben des Verpflichteten nur insoweit über, als die Erbschaft durch das Delikt noch bereichert war, nach gem. R. nur soweit die Erbschaft reicht. Vgl. Windscheid II § 359.

[31]) Genaueres bei Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allg. T. 6. Aufl. (1902) §§ 102, 112.

[32]) Der Schadensersatzanspruch wegen Nichtbestellung des Rechtes kommt aber auch hier dem Erben zu.

[33]) Der einer sich verheiratenden Tochter zukommende Anspruch auf Aussteuer (§ 1620) ist trotz seiner Unübertragbarkeit als vererblich anzusehen (vgl.

Digitized by Google

l) Das dem überlebenden Ehegatten im Falle einer fortgesetzten Gütergemeinschaft zustehende Recht, das Gesamtgut oder einzelne dazu gehörende Gegenstände gegen Ersatz des Wertes zu übernehmen (§ 1502 Abs. 1).

m) Das im § 1584 bestimmte Recht des geschiedenen Ehegatten zum Widerruf der dem anderen Ehegatten während des Brautstandes oder während der Ehe gemachten Schenkungen, sowie die Belastung des beschenkten geschiedenen Gatten mit dem Widerrufsrecht des Schenkers (§ 1584 Abs. 2).

2. Zufolge ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes sind vererblich das Recht zur Ausschlagung einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft, oder eines ihm angefallenen Vermächtnisses (§§ 1952, 2180), ferner der Pflichtteilsanspruch, dessen Entstehung in der Person des Pflichtteilsberechtigten aber zur notwendigen Voraussetzung hat, daß dieser den Erbfall erlebt hat (§ 2317). Als vererblich muß auch angesehen werden das dem Erben bzw. Miterben nach § 2194 zustehende Recht, die Erfüllung einer Auflage zu verlangen. Ausdrücklich bestimmt ist dies freilich nicht. Der Übergang dieses Rechtes auf den Erben des Erben bzw. Miterben ergibt sich aber aus dem Zwecke der berufenen Vorschrift.[34]) Dasselbe gilt hinsichtlich des in § 2341 bezeichneten Rechtes zur Anfechtung eines durch einen Erbunwürdigen gemachten erbrechtlichen Erwerbes, selbst wenn der Erfolg der Anfechtung dem Anfechtenden nur beim Wegfall eines anderen zu statten kommt.[35])

3. Das literarische und musikalische Urheberrecht ist nach Maßgabe des Ges. vom 19. 6. 1901 (§§ 8, 10) vererblich,[36]) desgleichen das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst (§ 2 Ges. vom 9. 1. 1876), an Mustern und Modellen (§ 3 Ges. vom 10. 1. 1876), in Ansehung von Photographieen (§ 7 Ges. vom 10. 1. 1876); das

---

auch Binder S. 4 Anm. 21), und vererblich ist auch die in der Person des Vaters bzw. der Mutter bereits begründete Verpflichtung zur Gewährung einer Aussteuer (vgl. auch Protokolle IV S. 320).

[34]) Vgl. auch Schultze, Treuhänder im geltenden bürg. R. S. 96.

[35]) Vgl. unten § 60 d. D. Über die Vererblichkeit der in den §§ 2080, 2285 bestimmten Anfechtungsrechte vgl. § 41 d. D.

[36]) Über die nach § 8 Abs. 2 (vgl. auch § 15 Ges. v. 9. 1. 1876) eintretende Erlöschung des Rechtes, wenn der Fiskus oder eine andere juristische Person gesetzlicher Erbe wird, vgl. § 11 d. D.

Digitized by Google

Warenzeichenrecht, jedoch nur in Verbindung mit dem Geschäftsbetrieb, zu welchem das Warenzeichen gehört (§ 7 Ges. vom 12. 5. 1894); das Patentrecht (§ 7 Ges. vom 1. 1. 1891). Einen Gegenstand der Vererbung bildet nach § 22 HGB. auch ein vom Erblasser geführtes Handelsgeschäft nebst Firma.[37]) Dabei entsteht freilich die Frage, wie man sich die Vererbung eines Handelsgeschäftes vorzustellen hat.[38]) Die richtige Auffassung dürfte sein: Handelsgeschäft im Sinne des § 22 HGB. ist ein Komplex von aus dem tatsächlichen Betrieb eines Handelsgewerbes sich ergebenden und in die Zukunft fortwirkenden Beziehungen. Die Vererbung eines Handelsgeschäftes aber besteht darin, daß dem Erben die rechtmäßige Fortsetzung dieser Beziehungen eröffnet ist.

4. Das BGB. anerkennt die Möglichkeit von Schuldverhältnissen (§§ 241, 343), die nicht auf eine vermögenswerte Leistung gerichtet sind.[39]) Wie verhält es sich mit der Vererbung der aus

[37]) Von einer privatrechtlichen Vererbung des bürgerlichen Namens des Erblassers kann dagegen selbstverständlich nicht die Rede sein. Vgl. dazu Gierke DPR. I § 83 Anm. 21.

[38]) Vgl. zur ganzen Frage besonders die eingehende und scharfsinnige, aber sachlich doch nicht befriedigende Ausführung von Binder S. 30 ff. Darin zwar, daß das „Handelsgeschäft" im Sinne des § 22 HGB. mit dem Handelsvermögen nicht identisch ist, muß Binder (vgl. besonders S. 32) Recht gegeben werden, desgleichen auch darin, daß das „Handelsgeschäft" kein subjektives Recht ist. Allein infolge des vom Erblasser begonnenen Handelsbetriebes ergab sich für den Erblasser doch eine (wenn auch nur unvollkommen) rechtlich geschützte Position, vermöge deren er seinen Handelsbetrieb als einen durch die bisherigen Betriebshandlungen individualisierten fortsetzen konnte. Und in diese Rechtsposition tritt der Erbe in der Art ein, daß er zur rechtmäßigen Fortsetzung des vom Erblasser eingeleiteten Handelsbetriebes berufen ist. Auch hier zeigt sich also wieder, daß man dem Wesen der Gesamtnachfolge des Erben nicht gerecht werden kann, wenn man in ihr lediglich eine Nachfolge in die Rechte des Erblassers erblickt.

[39]) Dies ist freilich nicht unbestritten, aber doch die weit überwiegende Meinung. Vgl. über den Stand der Lehre Windscheid II § 250 Anm. 3; ferner den Zusatz von Kipp z. § 251 daselbst; Crome, System d. deutsch. bürg. R. II § 141. Für die Auffassung des Textes insbesondere auch Planck II, Vorbem. unter IV, und Kohler im Archiv f. bürg. R. Bd. 12 S. 1 ff. Einen schlagenden Beweis für die hier vertretene Meinung liefert insbesondere § 810. Darnach setzt ein kraft Gesetzes begründeter Anspruch auf Vorlegung einer Urkunde gegen den Besitzer zwar ein „rechtliches", aber keineswegs ein vermögensrechtliches Interesse des Verlangenden voraus. Nicht zutreffend ist daher die Bemerkung von Kipp bei W. II, Zusatz z. § 251 unter III Z. 1.

Digitized by Google

solchen Schuldverhältnissen entspringenden Forderungen und Verbindlichkeiten? Muß daraus, daß § 1922 als Gegenstand der Vererbung das „Vermögen" des Erblassers bezeichnet, der Schluß auf Unvererblichkeit gezogen werden?[40]) Die Bejahung der Frage führt zu unannehmbaren Ergebnissen. Aus § 1922 ergibt sich zwar positiv, daß der Erbe hinsichtlich der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers grundsätzlich in dessen Rechtsstellung eintritt, aber nicht zugleich negativ, daß die Vererbung hinsichtlich jeder nicht spezifisch vermögensrechtlichen Beziehung ausgeschlossen ist. Für die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit der Erbe auch in nicht vermögensrechtliche Beziehungen des Erblassers eintritt, kann vielmehr nur der Zweck dieser Rechtsbeziehungen maßgebend sein. Sind diese so beschaffen, daß ihr von der Rechtsordnung anerkannter Zweck durch die Nichtvererblichkeit vereitelt würde, so muß Vererblichkeit angenommen werden.[41]) Auf Grund dieser Erwägung hat sich schon oben unter Z. 2 die Vererblichkeit gewisser in den §§ 2194 und 2341 bestimmten Rechte herausgestellt. In gleicher Weise muß auch die hier aufgeworfene Frage behandelt werden.[42])

---

[40]) So in der Tat Hellwig in seinem anregenden und wertvollen Buche: die Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 57 ff. und desgleichen in seinem Werke über die subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 311 Anm. 9; ebenso Binder S. 7 Anm. 39.

[41]) Vgl. auch Motive V S. 2.

[42]) Beispiele: A hat sich dem B gegenüber verpflichtet, diesem in bestimmter Weise und während einer bestimmten Zeit die Einsicht in gewisse Papiere (Manuskripte, Briefe, Familienarchiv) zu gestatten. Dabei wird vorausgesetzt, daß B einen Anspruch auf Einsichtnahme von Rechtswegen (§ 810) nicht hatte, und daß das Interesse des B an dieser Einsichtnahme kein vermögensrechtliches ist. Trotzdem wird nicht daran gezweifelt werden können, daß die Verpflichtung des A zur Gestattung der Einsichtnahme auf dessen Erben übergeht. Oder: dem Erben ist vom Erblasser die Auflage gemacht, daß er ein versiegeltes Manuskript des Erblassers bei einer bestimmten Stelle hinterlege, und daß die Entsiegelung und Veröffentlichung des Manuskripts erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit erfolgen dürfe; zum Zwecke dieser Vollziehung hat der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt. Es steht auch hier wieder außer allem Zweifel, daß die Verbindlichkeit zur Erfüllung der Auflage auf den Erben des Erben übergeht. Oder: Jemand hat einer Gemeinde zur Erweiterung des Stadtparks ein Grundstück mit der Auflage geschenkt, daß die auf demselben sich befindenden Grabsteine während der nächsten 30 Jahre nicht entfernt oder verrückt werden dürfen. Aus einer solchen Schenkung ergibt sich nicht nur für den Schenker selbst, sondern auch für dessen Erben ein Anspruch gegen die

Digitized by Google

5. Die Unfertigkeit eines Rechtsverhältnisses schließt dessen Vererblichkeit nicht aus. So gehen insbesondere die aus bedingten und betagten Rechtsgeschäften unter Lebenden sich ergebenden rechtlichen Aussichten, Haftungen und Belastungen grundsätzlich auf den Erben des bedingt Berechtigten, Verpflichteten oder Belasteten über.[43]) In weitgehendem Maße unterliegen auch die in der Person des Erblassers begründeten Anwartschaften auf den künftigen Anfall einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses,[44]) vorausgesetzt, daß der Erblasser den Tod desjenigen erlebt hat, auf dessen Nachlaß sich die Anwartschaft bezieht, der Vererbung (vgl. § 2108, aber auch § 2074).

II. Erbfolge.

1. Notwendigkeit und Unmittelbarkeit der Erbfolge.

§ 2.

Der von den Römern genial entwickelte und aus dem römischen Rechte in alle modernen Gesetzgebungen übergegangene Gedanke der Gesamtnachfolge des Erben in den Nachlaß des Erblassers ist vom BGB. nicht nur übernommen, sondern noch schärfer durchgeführt und ausgestaltet worden. Nach dem BGB. muß jeder Erblasser einen Erben haben[1]) und kann die Erbschaft für die juristische Beurteilung auch nicht einen Augenblick als eine erblose in Betracht kommen. Schon mit dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers, d. i. des Erbfalls (§ 1922), wird die Erbschaft zufolge des vom BGB.[2]) an-

---

Gemeinde auf ein der Auflage entsprechendes Verhalten (vgl. § 525; von Bedeutung ist insbesondere das Wort „auch" in § 525 Abs. 2). Für die Vererblichkeit insbesondere auch Crome II § 232.

[43]) Über die regelmäßige Vererblichkeit der Gebundenheit aus einem Antrag vgl. bereits oben im Texte S. 17.

[44]) Vgl. darüber näheres in den §§ 25, 27, 31 d. D.

[1]) Einen von dem im BGB. angenommenen grundsätzlich abweichenden Standpunkt vertritt Bernhöft in seiner beachtenswerten Schrift: Zur Reform des Erbrechts (1894) S. 39 ff.

[2]) Nach röm. und gem. Rechte setzt der Erwerb der Erbschaft durch den Erben regelmäßig eine aditio, einen Antritt voraus. Die Erbschaft wird also dem Erben mit dem Erbfall zunächst nur zum Erwerb durch Antritt angeboten: delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi (l. 151 D. 50. 16). Eine Ausnahme hiervon trat nur in betreff der sui, d. i. der-

Digitized by Google

genommenen altgermanischen Grundsatzes: „Der Tote erbt den Lebendigen" (mortuus saisit vivum, le mort saisit le vif) von dem berufenen Erben von selbst (ipso iure), aber allerdings mit der Möglichkeit der Ausschlagung erworben.[3]) Macht der zunächst berufene Erbe von dieser Möglichkeit Gebrauch oder hat er aus anderem Grunde außer Betracht zu bleiben (vgl. z. B. § 2344), so gilt die Erbschaft nach rückwärts hin,[4]) aber ebenfalls wieder mit dem Rechte der Ausschlagung, als demjenigen erworben, welcher schon von vornherein berufen gewesen sein würde, dafern der Ausschlagende oder aus anderem Grunde außer Betracht Bleibende den Erbfall nicht erlebt hätte (§ 1953). In Ermangelung eines anderen Erben gilt endlich der Fiskus als Erbe und zwar als notwendiger Erbe in dem Sinne, daß er die ihm als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft gar nicht ausschlagen kann (§ 1942 Abs. 2).

Zu einem tempus vacuum, während dessen die Erbschaft als eine ruhende (hereditas iacens) zu behandeln ist, kann es darnach gar nicht kommen. Trotz des im BGB. durchgeführten Prinzips des unmittelbaren Anschlusses der Erbfolge an den Erbfall ist es

jenigen zur Erbfolge gelangenden Abkömmlinge des Erblassers ein, welche in dessen unmittelbarer Gewalt gestanden haben. Sie erwarben die Erbschaft des pater familias ipso iure, aber mit Rücksicht auf das ihnen zukommende ius abstinendi nicht unabweisbar. Dem germanischen Prinzip des Erbschaftserwerbs folgten bereits das preuß. LR. und der C. c.

[3]) Eine wichtige Folge dieser Behandlung ist es, daß die vom Erben ipso iure erworbene, bei dessen Tod aber noch ausschlagbare Erbschaft mit dem Rechte der Ausschlagung ohne weiteres auf den Erbeserben übergeht (§ 1952 Abs. 1). Auf dem Boden des röm. Rechtes galt dagegen, soweit zum Erbschaftserwerb Antritt erforderlich war, das Prinzip: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur (l. u. § 5 C. 6. 51). In einer Reihe von Ausnahmefällen anerkannte jedoch das spätere röm. Recht die Möglichkeit einer Sukzession der Erbeserben (oder auch anderer Personen) in das dem Erben infolge einer Delation erwachsene Recht zum Antritt einer Erbschaft: sog. Transmissionsfälle. Dem BGB. ist eine Transmission in *diesem* Sinne selbstverständlich fremd.

[4]) Auch hierin liegt eine grundsätzliche und tiefgreifende Abweichung vom römischen Rechte; denn nach diesem gilt beim Wegfall des zur Erbfolge zunächst Berufenen niemals ein anderer nach rückwärts hin als schon von vornherein berufen, sondern ergeht die neue Berufung immer nur an diejenigen Personen, welche den Wegfall des Vorberufenen erlebt haben. Vgl. hierzu des Verfassers: Transmission pendente condicione (1879) S. 58 ff., und *Dernburg*, Lehrbuch des preuß. Privatr. III § 100.

Digitized by Google

aber doch sehr wohl möglich, daß nicht nur zur Zeit des Erbfalls, sondern auch noch geraume Zeit später ungewiß ist, wer der Erbe ist, bzw. wer als solcher nach rückwärts hin zu gelten haben wird.[5]) Schon in den regelmäßigen Fällen bleibt es wegen der Möglichkeit der Ausschlagung durch den Berufenen oder der Erbunwürdigkeitserklärung desselben oder wegen der Möglichkeit einer späteren erfolgreichen Anfechtung des die Berufung aussprechenden Testaments, Erbvertrags zweifelhaft, ob der zunächst zur Erbfolge Berufene Erbe wirklich ist. Ein besonders hervorzuhebender Fall der Unsicherheit über die erst ex postfacto nach rückwärts hin sich bestimmende Gestaltung der Erbfolge ist gegeben, wenn derjenige, welcher zur Erbfolge zunächst berufen sein würde, dafern er bereits lebte, zur Zeit des Erbfalls nur als nasciturus vorhanden ist. Wird er später lebend geboren, so gilt er nunmehr als ein schon zur Zeit des Erbfalls geboren Gewesener, dem die Erbschaft mit diesem Zeitpunkte angefallen ist (§ 1923 Abs. 2). Trifft die gemachte Voraussetzung dagegen nicht zu, so gilt nach rückwärts hin derjenige als Erbe, welcher abgesehen von dem nasciturus schon von vornherein der Nächstberufene gewesen sein würde.[6])

In gleicher Weise sind auch die Fälle zu beurteilen, in welchen eine vom Erblasser errichtete Stiftung, deren Genehmigung vorerst noch in Frage steht, als Erbin eingesetzt ist (§ 84), oder wenn als nächster gesetzlicher Erbe jemand in Betracht kommt, dessen Erbrecht erst noch von der condicio iuris abhängig ist, daß die hinsichtlich seiner von dem Erblasser beantragte Ehelichkeitserklärung oder Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt erst nach des Erblassers Tode[7]) erfolgt (§§ 1733, 1753).

Selbst in den zuletzt erwähnten Fällen kann übrigens von einer ruhenden Erbschaft im Sinne des römischen Rechtes[8]) keine Rede sein.

---

[5]) Vgl. hierzu Hellmann a. a. O. S. 215.

[6]) Nach römischem Rechte kann auch in diesem Falle nur zur Erbfolge gelangen, wer den Wegfall des nasciturus erlebt hat. Vgl. die in Anm. 4 berufene Schrift S. 66 ff.

[7]) In betreff dieser Fälle ist aber wohl zu beachten, daß die Ehelichkeitserklärung bzw. die Bestätigung der Annahme an Kindesstatt nach dem Tode des Kindes nicht mehr erfolgen kann.

[8]) Vgl. über sie das eingehende Werk von Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge (1893, 1897).

Digitized by Google

Denn ist zur Zeit auch noch ganz zweifelhaft, wer nach rückwärts hin als Erbe zu gelten haben wird, so ist die Erbschaft doch schon jetzt als eine einem Erben zugehörende zu behandeln. Dies ergibt sich mit voller Sicherheit aus der Bestimmung des § 1960 Abs. 2; denn ihr zufolge vertritt der im bezeichneten Stadium bestellte Nachlaßpfleger denjenigen, welcher sich späterhin als der wirkliche Erbe herausstellen wird.

2. Voraussetzungen der Erbfolge.

§ 3.

I. Die Erbfolge setzt vor allem den Eintritt des Erbfalls oder m. a. W. den Tod eines vermögensfähigen Erblassers voraus.[1]) Vermögensfähig ist aber nach dem BGB. jeder Mensch, auch derjenige, welcher das Klostergelübde abgelegt hat.[2]) Die Beerbung der Mönche und Nonnen richtet sich also durchaus nach den allgemeinen Grundsätzen, auch rücksichtlich des Erbfalls. Derselbe tritt auch hier mit dem Zeitpunkte des erfolgten (oder vermuteten) Todes des zu Beerbenden ein, nicht etwa mit dem Zeitpunkte des Eintritts in den Orden.

Eine Beerbung juristischer Personen findet nicht statt. Für die Entscheidung der Frage, wem das Vermögen einer erloschenen juristischen Person zufällt, sind besondere Bestimmungen maßgebend. Fällt aber nach diesen das Vermögen einer aufgelösten juristischen Person an den Fiskus, so finden hierauf allerdings die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung. Vgl. §§ 45 bis 47 und § 88.

Den Tod des Erblassers hat, wer die Erbfolge für sich in Anspruch nimmt, im Bestreitungsfalle zu erweisen. Der Beweis des Todes des Erblassers wird jedoch durch die bezüglich seiner erfolgte Todeserklärung ersetzt; denn diese begründet nach § 18 die Vermutung, daß der für tot Erklärte in dem in der Todeserklärung festgestellten Zeitpunkte gestorben ist. Wenn der für tot Erklärte in Wahrheit noch lebt, so vollzieht sich praktisch allerdings eine Erb-

---

[1]) Viventis non datur hereditas; Sterben macht Erben.

[2]) In betreff des bisherigen Rechtes vgl. Hellmann, Das gemeine Erbrecht der Religiosen (1874) und Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa (1880).

Digitized by Google

folge in das Vermögen eines Lebenden. Die in solchen Fällen vorläufig angenommene Erbfolge stellt sich jedoch als bloßer Schein heraus, wenn das die Todeserklärung aussprechende Urteil mit Erfolg angefochten worden ist (vgl. §§ 973 bis 976 CPO.), oder wenn auch nur die Todesvermutung durch Gegenbeweis entkräftet wird.

II. Durch das Vorhandensein eines aktiven Nachlasses (d. h. eines Überschusses der Aktiven über die Passiven) ist der Eintritt der Erbfolge nicht bedingt. Sie vollzieht sich (eventuell durch unabweisbaren Anfall der Erbschaft an den Fiskus) auch dann, wenn das Verhältnis das umgekehrte ist,[3]) ja sogar, wenn der Nachlaß des Verstorbenen nur aus Passiven besteht. Ist der Verstorbene Träger von Rechtsverhältnissen, die dessen Nachlaß bilden könnten, überhaupt nicht gewesen, so ist die Erbfolge freilich gegenstandslos.[4])

III. Erbe kann nur werden, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig aber sind neben den natürlichen Personen, d. i. den Menschen, auch juristische Personen. Vereine, denen juristische Persönlichkeit fehlt, können mangels der Rechtsfähigkeit nicht erben.[5]) Wer rechtsfähig ist, ist in aller Regel auch unbeschränkt erbfähig. Durch das BGB. unberührt bleiben jedoch die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werte von mehr als fünftausend Mark betreffen (Art. 86 EG.), ferner die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen nur mit staatlicher Genehmigung von Todeswegen erwerben können (Art. 87 Abs. 2 EG.; vgl. aber auch Abs. 3 desselben Art.).

IV. Mit dem unmittelbaren Anschluß der Erbfolge an den Erb-

---

[3]) Beerbt wird also auch der Gemeinschuldner.

[4]) Selbst in diesen Fällen ist aber die Beerbung schon wegen der den Erben als solchen (allerdings unbeschadet des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung) treffenden Verpflichtung zur Tragung der Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers nicht ganz bedeutungslos (vgl. § 1968).

[5]) Eigentümlich Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 267, 276 Anm. 1 a. Daselbst (ähnlich Josef im Arch. f. bürg. R. Bd. 20 S. 233 Anm. 1) wird von der offenen Handelsgesellschaft behauptet, daß sie „erben" könne, ferner daß sie für „erbunwürdig" erklärt werden könne. Dabei gibt Hellwig ausdrücklich zu (S. 267), daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person nicht ist. Umsoweniger begreiflich sind die vorerwähnten Aufstellungen. Vgl. übrigens auch § 24 d. D.

Digitized by Google

fall (§ 1922) hängt es notwendig zusammen, daß der Erbe zur Zeit des Erbfalls existent sein muß (§ 1923). Daraus ergibt sich zweifaches:

1. Es kann nicht erben, wer zur Zeit des Erbfalls[6]) nicht mehr am Leben ist. Dies trifft auch für denjenigen zu, welcher mit dem Erblasser gleichzeitig gestorben ist. Als erbrechtlich wichtig erweist sich daher die Bestimmung des § 20, wonach, wenn mehrere in einer gemeinsamen Lebensgefahr umgekommen sind, vermutet wird, daß sie gleichzeitig gestorben seien. Diese Vermutung kann jedoch durch die Erbringung des Beweises entkräftet werden, daß von diesen mehreren einer vor dem anderen gestorben ist.

So wenig wie der zur Zeit des Erbfalls nicht mehr Lebende kommt zunächst praktisch derjenige als Erbe in Betracht, bezüglich dessen durch Todeserklärung die Vermutung wirksam geworden ist, daß er zu einer hinter dem Erbfall zurückliegenden oder mit diesem zusammenfallenden Zeit gestorben ist (§ 18). Anders verhält es sich aber auch hier wieder, wenn die Todeserklärung mit Erfolg angefochten worden ist oder der Beweis erbracht wird, daß der für tot Erklärte noch lebt, oder doch wenigstens den Zeitpunkt des Erbfalls erlebt hat.

Mit Rücksicht auf die in den §§ 18 und 19 ausgesprochene Lebensvermutung und unter der Voraussetzung, daß diese durch Gegenbeweis nicht entkräftet wird, ist es endlich auch möglich, daß jemand praktisch als Erbe in Betracht kommt, obschon er zur Zeit des Erbfalls vielleicht nicht mehr gelebt hat.

2. Es kann aber auch nicht erben, wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebt (§ 1923 Abs. 1). Zu Gunsten einer zur Zeit des Erbfalls zwar noch nicht geborenen aber doch schon erzeugten[7]) Person greift jedoch, sobald sie lebend zur Welt ge-

---

[6]) Den Zeitpunkt, in welchem sich entscheidet, daß ein Vorberufener nicht zur Erbfolge gelangt, braucht der Nachberufene (eventuell Berufene) dagegen nicht zu erleben; vgl. oben § 2 Anm. 4.

[7]) Ob diese Voraussetzung wirklich zutrifft, wird nicht selten streitig werden. Hierbei sind übrigens verschiedene Fragen scharf auseinander zu halten. a) Es kann sich möglicherweise lediglich (unrichtig daher Wilke S. 4 letzter Satz) darum handeln, ob ein nach dem Erbfall geborenes Kind zu dieser Zeit bereits erzeugt war. Z. B. jemand setzt die zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Kinder der unverehelichten X als Erben ein. Beim Tode des Erblassers ist ein Kind am Leben; dreihundert Tage später wird von der X ein zweites Kind

Digitized by Google

kommen ist, die Fiktion des § 1923 Abs. 2 (vgl. oben S. 26) ein, und eine vom Erblasser errichtete Stiftung gilt, wenn ihre Ge-

---

geboren. Kommt auch dieses Kind als Erbe mit in Betracht? Obschon die Möglichkeit, daß dasselbe zur Zeit des Erbfalls bereits empfangen war, zweifellos vorhanden ist, so spricht doch dafür keine Vermutung; eine solche kann insbesondere aus § 1717 nicht abgeleitet werden. Der für das Kind auftretende gesetzliche Vertreter muß somit zur Begründung des geltend gemachten Erbschaftsanspruchs diejenigen Umstände dartun, welche die Behauptung, das Kind sei zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugt gewesen, als gerechtfertigt erscheinen lassen. Ist aber das fragliche Kind von der X erst nach dem dreihundertzweiten Tage seit dem Erbfalle geboren worden, so wird trotz des § 1717 (der, weil nur auf die Frage der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 sich beziehend, hier gar nicht eingreift) die Führung des Beweises nicht ausgeschlossen sein, daß das Kind innerhalb eines Zeitraums, der weiter als 302 Tage seit der Geburt zurückliegt, und noch vor dem Erbfall empfangen worden ist. Vgl. auch § 1592 Abs. 2, dessen Bestimmung, obschon auf unseren Fall nicht anwendbar, doch einen Beleg für die Möglichkeit einer solchen Beweisführung liefert. Unklar und zugleich unzutreffend ist es, wenn bei Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 1923 behauptet wird, daß bei unehelichen Kindern zur Feststellung des Umstandes, daß die Beiwohnung vor dem Erbfall geschehen ist, noch hinzukommen müsse, daß in dem „hinter dem Erbfalle liegenden Teile der Empfängniszeit" (soll wohl heißen: in dem erst nach dem Erbfall laufenden Teile der Empfängniszeit) keine weitere Beiwohnung seitens desselben oder eines anderen Mannes stattgefunden habe. Dem gegenüber ist vielmehr zu sagen, daß eine solche spätere Beiwohnung (ohne daß man sich dafür auf die Bestimmung des § 1717 Abs. 1 Satz 2 auch nur zu berufen braucht) außer Betracht zu bleiben hat, wenn nur bewiesen wird, daß das Kind infolge dieser Beiwohnung nicht empfangen worden sein konnte. b) Mit der Frage, ob ein Kind zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugt war, kann sich die weitere Frage kombinieren, ob dasselbe ein eheliches sei oder ob es einen bestimmten unehelichen Vater habe. In betreff des letzteren Falles (Beispiel: A setzt sein uneheliches Kind mit der B als Erben ein; gilt als solches auch ein von der B am dreihundertsten Tage nach dem Tage des Erbfalls geborenes Kind?) kommen positive civilrechtliche Vorschriften nicht in Betracht. Die Entscheidung ist also unter Würdigung der beigebrachten Beweise lediglich nach § 286 CPO. zu treffen. Anders verhält es sich in den Fällen der ersten Art. Handelt es sich z. B. darum, ob ein nach dem Erbfall von der Witwe des Erblassers geborenes Kind als Verwandter erster Ordnung zur gesetzlichen Erbfolge gelange oder pflichtteilsberechtigt sei, so ist die Frage der ehelichen Abstammung dieses Kindes lediglich nach den Vorschriften der §§ 1591 bis 1593 zu beantworten; wird sie bejaht, so ist damit von selbst auch entschieden, daß das Kind als ein zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugtes anzusehen ist. So auch Planck-Ritgen a. a. O., anders Herzfelder S. 16. — In zweifacher Beziehung unrichtig ist die Behauptung Endemanns III S. 25 Anm. 4,

Digitized by Google

nehmigung erst nach dem Erbfall erfolgt ist, für die Zuwendungen des Stifters[8]) überhaupt und daher insbesondere auch, wenn sie von ihm als Erbe eingesetzt ist,[9]) als schon vor seinem Tode entstanden (§ 84).

3. Die grundsätzliche Gestaltung der Erbfolge.

§ 4.

I. Die Berufung des Erben beruht entweder auf einer vom Erblasser, sei es einseitig (durch Testament), sei es vertragsmäßig (durch Erbvertrag) getroffenen Verfügung von Todeswegen (gewillkürte Erbfolge) oder auf ergänzender Rechtsvorschrift (gesetzliche Erbfolge). Eine Erbfolge gegen den Willen des Erblassers (Noterbfolge) ist dem BGB. fremd. Den Grund, auf welchem die Berufung des Erben beruht, bezeichnet man technisch als Berufungsgrund. Hiernach gibt es jedenfalls zwei Hauptberufungsgründe: Anordnung des Erblassers und ergänzende Rechtsvorschrift. Ob und inwieweit innerhalb jedes dieser Hauptberufungsgründe wieder weitere Berufungsgründe zu unterscheiden sind,[1]) darf nicht nach rein logischen Gesichtspunkten

---

daß, wer als Erbe in Betracht kommen soll, entsprechend der im § 1592 festgelegten Empfängniszeit spätestens am 303. Tage nach dem Ableben des Erblassers geboren sein muß und daß dies absolut als der späteste Termin zu gelten hat. Hält man sich nämlich lediglich an die im § 1592 Abs. 1 (vgl. auch § 1717 Abs. 2) gegebene Abgrenzung der Empfängniszeit, so würde hinsichtlich eines erst am 303. Tage „nach dem Ableben des Erblassers" geborenen Kindes nicht einmal mehr der Tag des Erbfalls selbst in die Empfängniszeit hineinfallen; das Kind würde hiernach also als ein erst nach dem Erbfall erzeugtes zu gelten haben. Der zweite Teil von Endemanns Behauptung wird durch den Abs. 2 von § 1592 widerlegt.

[8]) Nicht auch für Zuwendungen anderer.

[9]) Die Behandlung dieses Falles bereitete auf dem Boden des gemeinen Rechtes große Schwierigkeiten. Vgl. darüber Windscheid III § 549 und die daselbst Anm. 3 über das Testament Städel (1815) und das Testament Blum (1832) verzeichnete Literatur.

[1]) Hierbei sind verschiedene Lösungen möglich: Man kann z. B. die auf dem Willen des Erblassers beruhende Berufung immer und unter allen Umständen als einen Berufungsgrund behandeln, also selbst dann, wenn der zur Erbfolge Berufene zu einem Teile der Erbschaft durch Testament, zu einem anderen Teile durch Erbvertrag berufen ist. Das Gesetz kann aber in solchem Falle auch eine Verschiedenheit der Berufungsgründe annehmen. In ähnlicher Weise verhält es sich mit der gesetzlichen Erbfolge: Ist jemand z. B. kraft Gesetzes in Ansehung eines Bruchteils der Erbschaft als Verwandter, in An-

Digitized by Google

entschieden werden, sondern ist eine erst in anderem Zusammenhang zu behandelnde positivrechtliche Frage. Hier ist nur festzustellen, daß neben der testamentarischen auch vertragsmäßige Erbfolge und neben der gewillkürten Erbfolge überhaupt auch gesetzliche Erbfolge eintreten kann. Der dem deutschen und modernen Rechtsbewußtsein widersprechende Grundsatz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest ist nach dem Vorgange aller anderen modernen Gesetzgebungen auch im BGB. aufgegeben.

II. Die Erbschaft kann nicht nur auf einen Erben (Alleinerben), sondern auch auf mehrere Erben nebeneinander (Miterben) übergehen; sie wird im letzteren Falle gemeinschaftliches Vermögen aller Miterben, sei es zu gleichen, sei es zu ungleichen Anteilen (§§ 2032 ff.). Obschon der Miterbe in das vom Erblasser hinterlassene Vermögen nicht allein eintritt, so ist er doch neben den anderen Erben Nachfolger in dieses Vermögen als Ganzes und somit Gesamtnachfolger. Der Anteil eines Miterben an der Erbschaft wird auch als Erbteil bezeichnet. Die auf die Erbschaft sich beziehenden Vorschriften des Gesetzes kommen, soweit das Gesetz anderes nicht besonders bestimmt,[2]) auch auf ihn zur Anwendung (§ 1922 Abs. 2).

III. Die Erbenstellung kann auch mehreren Personen nacheinander zukommen. Z. B. der Erblasser setzt den A als Erben ein und bestimmt, daß die Erbschaft nach des A Tode an den B gelangen soll. Der zunächst zur Erbfolge Gelangende heißt: Vorerbe, der nach diesem in die Erbschaft Eintretende: Nacherbe. Schon an dieser Stelle aber ist zugleich zu bemerken, daß die Anordnung einer Nacherbfolge, zu der auch eine Person berufen werden kann, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht existiert, an gewisse Schranken gebunden ist. Vgl. §§ 2100 ff.

IV. Als Gesamtnachfolger des Erblassers tritt der Erbe in Ansehung der zum Nachlaß gehörenden Rechtsverhältnisse im allgemeinen

---

sehung eines anderen Bruchteils als Ehegatte berufen, so kann das Gesetz hierbei möglicherweise Einheit des Berufungsgrundes, möglicherweise aber auch Verschiedenheit der Berufungsgründe annehmen. Darüber, wie sich das BGB. zu diesen Fragen stellt, vgl. unten § 61 d. D.

[2]) Als solche besondere Bestimmungen kommen insbesondere in Betracht die erst in anderem Zusammenhange zu besprechenden Vorschriften der §§ 2033, 2062 BGB. und des § 235 KO.

Digitized by Google

in diejenige Rechtsstellung ein, welche bisher dem Erblasser selbst zukam. Besonderer Hervorhebung bedarf jedoch noch folgendes:

1. Gewisse Rechtsverhältnisse gehen auf den Erben nicht ganz so über, wie sie bei Lebzeiten des Erblassers beschaffen waren, sondern als infolge des Todes des letzteren veränderte. Hat der Erblasser z. B. durch Rechtsakt unter Lebenden einen Stiftungswillen erklärt, so ist er bis zur Erteilung der Genehmigung zum Widerruf berechtigt. Dem Erben des Stifters dagegen ist die Möglichkeit des Widerrufs entzogen, wenn der Stifter das Gesuch um Genehmigung der Stiftung bereits bei der zuständigen Behörde eingereicht oder im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts das Gericht oder den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Einreichung betraut hat (§ 81). Weitere Belege für das Gesagte liefern die Vorschriften der hier nicht weiter zu besprechenden §§ 569 (Miete), 605 (Leihe), 727, 736 (Gesellschaft), 750 (Gemeinschaft), 1582, 1712 (Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem geschiedenen Gatten bzw. gegenüber dem unehelichen Kinde des Erblassers) u. dgl.

2. Der Gedanke der Gesamtnachfolge des Erben in die Rechtsstellung des Erblassers erfährt eine eigentümliche Durchbrechung durch das Institut der Testamentsvollstreckung (vergl. §§ 2197 ff.). Denn indem der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennt oder für die Bestellung eines solchen Sorge trägt, erhält er in demselben ein Organ, das die Vollstreckung seines Willens selbst gegen den Willen des widerstrebenden Erben durchzusetzen vermag.[3])

3. Schon aus dem Wesen der Gesamtnachfolge ergibt sich, daß der Erbe für die vom Erblasser herrührenden Schulden zu haften hat. Allein die Haftung des Erben als solchen erstreckt sich auch auf erst infolge des Erbfalls entstandene Verbindlichkeiten, so insbesondere auf die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers (§ 1968), ferner auf die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (§ 1967). Das Gesetz umfaßt alle Verbindlichkeiten, für die der Erbe als solcher[4]) zu haften hat, mit dem Ausdruck

---

[3]) Vgl. darüber unten §§ 39, 40, 40a dieser Darstellung.

[4]) Auch für die vom Erblasser herrührenden Schulden haftet der Erbe offenbar nur als *solcher*. Mit diesen Schulden sind aber die Verbindlichkeiten, für welche der Erbe als solcher zu haften hat, noch nicht erschöpft. Nur in diesem Sinne darf die im Abs. 2 von § 1967 hervorgehobene Unter-

Digitized by Google

„Nachlaßverbindlichkeiten" (§ 1967). Die Art der Haftung ist in den später eingehend zu besprechenden §§ 1967 ff. genauer bestimmt. Schon hier mag aber vorweggenommen werden, daß der Erbe nach diesen Vorschriften, sobald sein Erbschaftserwerb ein definitiver geworden ist, für die Nachlaßverbindlichkeiten, abgesehen von besonderen Voraussetzungen, nicht nur mit den zum Nachlaß gehörenden Gegenständen, sondern auch mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Allein das Gesetz gibt dem Erben doch zugleich auch Mittel an die Hand, durch deren entsprechende Verwendung verschiedenartige Beschränkungen der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten herbeigeführt werden können.

4. Erbrecht im subjektiven Sinne.

§ 5.

Der Ausdruck „Erbrecht" wird nicht nur in objektivem, sondern auch in subjektivem Sinne gebraucht. Unter Erbrecht in objektivem Sinne versteht man die Summe von Vorschriften, welche sich auf das Schicksal des von einem Verstorbenen hinterlassenen Vermögens beziehen. Von Erbrecht in subjektivem Sinne kann man in vierfacher Bedeutung reden:

1. Man bezeichnet als Erbrecht (i. S. von ius successionis) vor allem die infolge des definitiv gewordenen Erbschaftserwerbs sich ergebende rechtliche Stellung des Erben (vgl. z. B. §§ 2353, 2376).

2. Die Bezeichnung Erbrecht (i. S. von ius succedendi) verdient aber auch schon das aus dem Anfall der Erbschaft sich ergebende Recht des Erben, den vorläufig nur provisorisch eingetretenen Erbschaftserwerb durch Annahme zum definitiven zu machen oder aber die Erbschaft auszuschlagen (vgl. §§ 1946, 1952).

3. Erbrecht darf auch genannt werden die nach § 2108 möglicherweise schon mit dem Zeitpunkte des Erbfalls, unter Umständen aber erst mit einem späteren Zeitpunkte eintretende vererbliche Anwartschaft des als Nacherbe Eingesetzten auf den künftigen Eintritt des Falles der Nacherbfolge.

4. Das Gesetz spricht aber endlich von Erbrecht im subjektiven

---

scheidung der zwei Hauptgruppen von Nachlaßverbindlichkeiten verstanden werden. Genaueres hierüber im vierten Hauptstück dieser Darstellung.

Digitized by Google

Sinne auch mit Bezug auf die selbstverständlich unvererbliche Aussicht jemandes, auf Grund des Gesetzes oder einer Verfügung von Todeswegen Erbe eines zur Zeit noch Lebenden zu werden (vgl. §§ 2346, 2349, 2350, 2352).

III. Sonstiger Erwerb von Todeswegen und Verbindlichkeiten aus Auflagen.

§ 6.

I. Der Eintritt des Erben als Gesamtnachfolger in das Vermögen des Erblassers schließt die Zuteilung von Nachlaßwerten an Personen, die nicht Erben sind, nicht aus. Nach Maßgabe des Gesetzes ist aber eine solche Zuteilung nur in der Weise möglich, daß diesen Personen die Stellung von Nachlaßgläubigern zugewiesen wird. Am Nachlaß in dieser Weise beteiligt sind die Pflichtteilsberechtigten,[1]) die Vermächtnisnehmer und diejenigen, welchen kraft ergänzender Rechtsvorschrift ein dem Vermächtnisanspruch analoges Gläubigerrecht zukommt.

1. Gewisse, dem Erblasser nahestehende Personen (dessen Abkömmlinge, Eltern, überlebender Ehegatte) haben kraft Gesetzes ein Recht darauf, daß ihnen aus dem Nachlasse desselben mindestens die Hälfte des Wertes desjenigen Erbteils zukomme, welcher ihnen bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zugefallen sein würde. Hiermit ist bereits ausgedrückt, daß der Pflichtteilsberechtigte keineswegs verlangen kann, die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, selbst gegen den

---

[1]) Der Grundgedanke des Pflichtteilsrechts (nicht auch die Ausgestaltung im einzelnen) entstammt dem röm. R. Nach diesem waren pflichtteilsberechtigt Deszendenten und Aszendenten des Erblassers, ferner Geschwister von der Vaterseite, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Erblasser ihnen eine persona inhonesta vorgezogen hatte, nicht dagegen der überlebende Ehegatte als solcher (in Betreff der Quart der armen Witwe vgl. Windscheid III § 574). Deszendenten und Aszendenten hatten jedoch nach röm. R. neben dem Rechte auf den Pflichtteil auch noch ein Recht auf Erbeinsetzung, zwar nicht in dem Sinne, daß ihnen der ganze Pflichtteil durch Erbeinsetzung zukommen mußte, aber doch so, daß ihnen die Ehre der Erbenstellung grundlos nicht völlig entzogen werden durfte (sog. formelles Noterbenrecht des justinianischen Rechtes). Dem BGB. ist die letztere Auffassung gänzlich fremd.

Digitized by Google

Willen des Erblassers, als Erbe zu erhalten. Gerade daraus vielmehr, daß und insoweit der Pflichtteilsberechtigte von der Möglichkeit, in Ansehung der Hälfte des gesetzlichen Erbteils Erbe zu werden, durch die Verfügung des Erblassers ausgeschlossen ist, erwächst ihm der Pflichtteilsanspruch, d. i. eine Forderung[2]) gegen denjenigen, welcher Erbe wirklich wird, auf Zahlung der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils bzw. des von diesem Werte ihm noch fehlenden Betrags. Nur aus den vom Gesetz bestimmten Gründen kann der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten diesen Anspruch auf den Pflichtteil entziehen oder beschränken. Vgl. §§ 2303 und 2333 ff.

2. Durch einseitige oder vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen kann der Erblasser einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil[3]) zuwenden. Eine solche Anordnung heißt Vermächtnis, der in solcher Weise Bedachte Vermächtnisnehmer. Derselbe erlangt auf Grund der Vermächtnisverfügung in allen Fällen nur ein Forderungsrecht gegen den beschwerten Erben oder, wenn ein Vermächtnisnehmer beschwert ist, gegen diesen, niemals unmittelbar das Eigentum der vermachten Sache. Das römische und gemeinrechtliche Vindikationslegat ist also dem BGB. fremd. Eine Gesamtnachfolge kann durch Vermächtnis nicht herbeigeführt werden. Denn

---

[2]) Die gleiche Auffassung des Pflichtteilsanspruchs als Forderung gegen den Erben war auf Grund der Bestimmungen des preuß. LR. bereits in der preuß. Theorie und Praxis überwiegend zur Geltung gelangt. Vgl. Dernburg, Preuß. PR. III § 196. Auf einem ganz anderen Standpunkt als das BGB. steht dagegen das französische Recht. Nach den Artikeln 913 ff. C. c. ist das Recht des Erblassers zur Vornahme liberaler Verfügungen unter Lebenden oder durch Testament im Interesse der von ihm hinterlassenen Deszendenten und Aszendenten auf eine portion disponible, deren Höhe sich nach Lage der Umstände verschieden bemißt, beschränkt und erlangen die Deszendenten bzw. Aszendenten in Ansehung des ihnen hiernach vorbehaltenen Vermögens des Erblassers die Stellung von Erben. Ähnlich jetzt auch der schweizerische Vorentwurf eines Civilgesetzbuchs (vgl. Art. 495 ff.).

[3]) Durch die den Vermögensvorteil, den das Vermächtnis dem Bedachten regelmäßig gewährt, hervorhebende Bestimmung des § 1939 ist übrigens die Zulässigkeit von Vermächtnissen nicht schlechthin ausgeschlossen, bei denen ein dem Bedachten zukommender Vermögensvorteil praktisch gar nicht in Betracht kommt. Man denke z. B. an das Vermächtnis von Familienbriefen oder an die vermächtnisweise gestattete Einsichtnahme in solche. Anders freilich Kipp bei W. II Zusatz III Z. 3 z. § 251.

Digitized by Google

hat der Erblasser bestimmt, daß die Erbschaft als Ganzes auf mehrere Personen nacheinander übergehen soll, so kommen die Vorschriften über die Nacherbfolge zur Anwendung. Das römische und gemeinrechtliche Universalvermächtnis hat damit seine Daseinsberechtigung eingebüßt. Der vermächtnisrechtliche Erwerb als solcher begründet übrigens auch niemals eine Einzelnachfolge (Singularsukzession) in ein Recht des Erblassers.[4]) Denn die im Zeitpunkte des Vermächtnisanfalls erst entstandene Forderung des Vermächtnisnehmers auf Leistung des vermachten Gegenstandes fällt offenbar in keinem Falle mit demjenigen Rechte zusammen, welches in Ansehung des vermachten Gegenstandes bisher dem Erblasser zugekommen war und als Bestandteil des Nachlasses auf den Erben übergegangen ist. Vgl. §§ 1939, 1941, 2147, 2174.

Gleichartig mit den auf Verfügung des Erblassers beruhenden Vermächtnisansprüchen sind die Ansprüche aus den in den §§ 1932 und 1969 bestimmten sogenannten gesetzlichen Vermächtnissen.[5])

II. Eine eigentümliche Bewandtnis hat es mit den vom Erblasser durch einseitige oder vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen dem Erben oder einem Vermächtnisnehmer gemachten Auflagen. Durch die wirksame Anordnung einer Auflage wird der mit ihr Beschwerte immer zur Bewirkung einer Leistung[6]) verpflichtet (man denke z. B. an die dem Erben auferlegte Verpflichtung zur Errichtung eines Grabdenkmals für den Erblasser oder zur Erhaltung eines Ahnenschlosses oder zur Pflege eines Tieres). Im Gegensatz

---

[4]) Unzutreffend ist es daher, wenn Unger, Österr. Erbrecht §§ 54 ff. (und ebenso auch manche andere) die „Vermächtnisfolge" als eine neben der Gesamtnachfolge des Erben eintretende „Einzelnachfolge" des Vermächtnisnehmers zur Darstellung bringt, obschon der Vermächtnisnehmer doch auch nach österr. Rechte immer nur eine Forderung gegen den Beschwerten erwirbt. Richtig Pfaff-Hofmann, Exkurse II S. 319.

[5]) Vgl. hierzu § 17 dieser Darstellung.

[6]) Kipp bei W. II Zus. III Z. 3 z. § 251 hält es mit Unrecht für wesentlich, daß die Erfüllung der Auflage für den Verpflichteten immer einen in Geld abschätzbaren Aufwand bedeute. Vgl. dagegen das oben S. 23 Anm. 42 vorgelegte Beispiel. Kipp scheint in seiner Ausführung zu übersehen, daß der Erblasser die Erfüllung einer solchen Auflage durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers hinreichend sichern kann. Vgl. dazu unten § 40a d. D.

Digitized by Google

zu Vermächtnissen steht jedoch bei der Auflage dem zur Leistung Verpflichteten nicht ein mit dem Recht auf die Leistung Bedachter gegenüber.[7]) Trotzdem bleibt die Erfüllung der Auflage nicht dem Belieben des Beschwerten überlassen. Gewisse Personen (§ 2194) sind nämlich, obschon dem Beschwerten die sich für ihn aus der Auflage ergebende Verbindlichkeit nicht ihretwegen auferlegt ist, im Interesse der Vollziehung der vom Erblasser angeordneten Auflage doch für befugt erklärt, vom Beschwerten diese Vollziehung zu verlangen.[8]) Außerdem treffen den Beschwerten, wenn die Vollziehung der Auflage infolge eines von ihm zu vertretenden Um-

---

[7]) Die Auflage hat deshalb nicht den Charakter der Zuwendung (§ 2192). Vgl. auch §§ 24, 38 d. D.

[8]) Wie ist dieses Recht genauer zu bestimmen? Die Meinungen gehen auseinander. Während die einen das Recht der im § 2194 bezeichneten Personen, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, als eine mehr „formale Befugnis“ (vgl. Motive V S. 214, ferner Hellwig, Verträge S. 58 ff., 78 ff. und Kipp bei W. III S. 684 ff.) bezeichnen und ihm hierdurch den Charakter eines materiellen Gläubigerrechtes absprechen, schreiben andere dem zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigten ein Forderungsrecht im technischen Sinne zu (so besonders Schultze, Treuhänder im geltenden R. S. 89 ff.). Im Grunde genommen handelt es sich dabei aber doch nur um einen Wortstreit bzw. darum, ob man den Begriff des Forderungsrechtes so faßt, daß das im § 2194 bezeichnete Recht darunter oder nicht darunter fällt. Entscheidet man sich für die weitere Begriffsbestimmung des Forderungsrechts, so muß dem Rechte zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage doch wieder eine Sonderstellung eingeräumt werden. Spricht man dagegen dem bezeichneten Rechte den Charakter eines Forderungsrechts im technischen Sinne ab, so muß doch zugegeben werden, daß es eine dem letzteren ähnliche Struktur hat und daß auf dasselbe die forderungsrechtlichen Grundsätze insoweit angewendet werden müssen, als sich nicht aus seinem Wesen ein anderes ergibt. Beide Auffassungen treffen darin zusammen, daß der zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigte ein „Rechtsträger in fremdem Interesse“ (Schultze S. 92) ist, daß er die dem Auflageverpflichteten obliegende Leistung nicht für sich, sondern nur für den vom Erblasser bestimmten Zweck fordern kann (Kipp bei W. III S. 685) und daß ihm, dafern dem Auflageverpflichteten die Erfüllung der Auflage infolge eines von diesem zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, keinesfalls ein Anspruch auf an ihn zu leistenden Schadensersatz zusteht. Schultze (vgl. S. 3, 92 ff.) erblickt in der Bestimmung des § 2194 einen eigenartigen Fall der Einräumung einer Rechtsmacht zu treuer Hand, eigenartig dadurch, daß hier der Rechtsmacht eine Rechtspflicht zur Ausübung der ersteren und eine Verantwortlichkeit wegen Nichtausübung nicht gegenübersteht. Dem ist beizustimmen.

Digitized by Google

standes unmöglich wird, gewisse rechtliche Nachteile. Vgl. § 1940 und §§ 2192 ff.[9])

[9]) Cosack II § 408 a. E. spricht nach Analogie der sog. gesetzlichen Vermächtnisse auch von „gesetzlichen Auflagen". Als solche will er angesehen wissen: 1. Die Verpflichtung des Erben zur Bestreitung der Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers. 2. Die Verpflichtung des Erben und des Vermächtnisnehmers zur Zahlung der Erbschaftssteuer. Dem ist zu widersprechen. Denn während auf die sog. gesetzlichen Vermächtnisse die vermächtnisrechtlichen Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind, haben die von Cosack so genannten „gesetzlichen Auflagen" mit den auf Verfügung von Todeswegen beruhenden Auflagen nicht die geringste Verwandtschaft. Vgl. auch unten §§ 17, 38 d. D.

Digitized by Google

2. Hauptstück.

Die am Nachlaß erbrechtlich*) Beteiligten im einzelnen.

1. Abschnitt.

Gesetzliche Erbfolge und auf ergänzendem Rechtssatz beruhender Einzelerwerb.

1. Kapitel.

Gesetzliche Erbfolge.**)

I. Im allgemeinen.

§ 7.

I. Obschon dem Erblasser im weitesten Maße die Möglichkeit eröffnet ist, sich einen Erben durch Verfügung von Todeswegen zu bestellen, so darf die gesetzliche Erbfolge doch insofern als die regelmäßige Erbfolge bezeichnet werden, als sie immer und überall eintritt, wenn und soweit es zu einer auf Verfügung von Todeswegen beruhenden Erbfolge nicht kommt. Sie tritt also ein:

1. Wenn es an einer wirksamen Verfügung von Todeswegen gänzlich fehlt, oder wenn der von dem gewillkürten Erben gemachte Erbschaftserwerb hinterher aus irgend einem Grunde (Ausschlagung, Erbunwürdigkeitserklärung, Anfechtung der Erbeinsetzung) als nicht erfolgt anzusehen ist (§§ 1953, 2344, 142).

2. Neben der gewillkürten Erbfolge, wenn der Erblasser den testamentarisch oder vertragsmäßig eingesetzten Erben auf einen Bruch-

*) „Erbrechtlich" bedeutet hier nur so viel als: kraft spezifisch erbrechtlicher Vorschriften. Am Nachlaß „erbrechtlich" beteiligt in obigem Sinne sind also zwar die Vermächtnisnehmer und die Pflichtteilsberechtigten, nicht dagegen die Gläubiger aus den vom Erblasser herrührenden Schulden.

**) Rüger, Sächs. Archiv Bd. 9 S. 407 ff.

Digitized by Google

teil der Erbschaft beschränkt hat; der gesetzliche Erbe wird dann in Ansehung des unvergeben gebliebenen Bruchteils der Erbschaft Miterbe des gewillkürten Erben (§ 2088).

3. Vor der gewillkürten Erbfolge. So wenn der testamentarisch oder vertragsmäßig eingesetzte Erbe die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses haben soll.[1]) Hierher gehört insbesondere auch der Fall, daß die aufschiebende Bedingung, unter der die Einsetzung eines Erben erfolgt ist, zur Zeit des Erbfalls noch schwebt. Der gesetzliche Erbe wird hier Vorerbe und der gewillkürte Erbe, sobald der Zeitpunkt, das Ereignis eintritt, Nacherbe (§ 2105).

4. Zur Berufung der gesetzlichen Erben kommt es endlich unter Umständen auch nach der gewillkürten Erbfolge. So, wenn der gewillkürte Erbe nach der Bestimmung des Erblassers die Erbschaft nur für eine gewisse Zeit, bis zum Eintritt einer auflösenden Bedingung haben soll. Hier ist der gewillkürte Erbe Vorerbe, der gesetzliche Erbe Nacherbe. Vgl. § 2104, nach dessen in anderem Zusammenhange zu besprechender Schlußbestimmung der Fiskus hier als gesetzlicher Erbe nicht in Betracht kommt.[2])

Gesetzliche Erbfolge im strengen Sinne des Wortes liegt übrigens nur in den unter Z. 1 bis 3 bezeichneten Fällen vor, während im Falle 4 kraft Gesetzes nur anzunehmen ist, daß als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche gesetzliche Erben des Erblassers sein würden, wenn dieser zur Zeit des Eintritts des Zeitpunktes oder des Ereignisses gestorben wäre (§ 2104). Diese Auffassung erklärt sich daraus, daß das Gesetz unter gesetzlicher Erbfolge im technischen Sinne nur eine kraft Gesetzes schon mit dem Erbfall einsetzende Erbfolge versteht.

II. Die Frage, wer der gesetzliche Erbe ist, ist grundsätzlich nach dem Zeitpunkte des Erbfalls, d. i. nach dem Zeitpunkte des

---

[1]) Die abweichende Entscheidung des röm. R., dem zufolge während des Schwebens der Bedingung, unter der der Erbe eingesetzt ist, niemand berufen wird, hängt mit dem spezifisch römischen und der modernen Auffassung fremden Satze: semel heres semper heres zusammen. Auf demselben Satze beruht es bekanntlich, daß nach röm. R. der einer Erbeinsetzung beigefügte Anfangs- oder Endtermin, oder eine derselben beigefügte auflösende Bedingung grundsätzlich (anders beim Soldatentestament) als nicht beigefügt zu behandeln ist.

[2]) Vgl. darüber § 11 und § 27 (I) dieser Darstellung.

Digitized by Google

Todes des Erblassers zu beurteilen. So verhält es sich im Gegensatz zum römischen Rechte selbst dann, wenn und soweit sich erst einige Zeit nach dem Erbfall entscheidet, daß es zur gewillkürten Erbfolge nicht kommt, oder daß der zunächst berufene gesetzliche Erbe nicht zum definitiven Erwerb gelangt. Auch in solchen Fällen ist also nicht etwa der Zeitpunkt, in welchem feststeht, daß die Berufung des gewillkürten Erben oder des zunächst in Betracht kommenden gesetzlichen Erben erfolglos bleibt,[3]) sondern der Zeitpunkt des Erbfalls für die Bestimmung der Person des gesetzlichen Erben maßgebend, mag auch der hiernach ermittelte gesetzliche Erbe inzwischen (nach dem Erbfall, aber vor dem Wegfall des gewillkürten oder näheren gesetzlichen Erben) gestorben sein; es ist dann anzunehmen, daß die Erbschaft von dem inzwischen verstorbenen Erben erworben worden und mit dem Rechte der Ausschlagung auf dessen Erben[4]) übergegangen ist (§§ 1953, 2344).

Eine hiervon abweichende Behandlung tritt nur ein, wenn es zur Berufung der gesetzlichen Erben erst nach der gewillkürten Erbfolge (vgl. oben I Z. 4) kommt. In diesen Fällen bestimmt sich die Person des zur Nacherbfolge berufenen gesetzlichen Erben nicht nach dem Erbfall, sondern nach dem Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge (§ 2104).

III. Gesetzliche Erben sind:

1. Die Verwandten des Erblassers in bestimmter Reihenfolge.

2. Neben diesen, in Ermangelung derselben, ja unter Umständen sogar vor ihnen, der überlebende Ehegatte.

3. Eventuell, wenn nämlich die Erbschaft keinen anderen Erben findet, der Fiskus und zwar der Fiskus des Bundesstaates,[5]) welchem

---

[3]) So nach röm. R.; vgl. oben § 2 Anm. 4.

[4]) Das Gesetz anerkennt also, und zwar mit Recht, die Transmission eines Erbrechts, dessen Existenz zur Zeit des Erbfalls noch von dem Eintritt einer condicio iuris, nämlich dem Wegfall des zunächst berufen gewesenen gewillkürten oder näheren gesetzlichen Erben abhängig ist. Eingehende Ausführungen über die innere Berechtigung dieser Behandlung und über die in diesem wichtigen Punkte zu Tage tretende Differenz zwischen römischer und moderner Auffassung enthält des Verfassers schon weiter oben angegebene Schrift: Transmission p. c.

[5]) Als Bundesstaat im Sinne des BGB. und des EG. gilt auch das Reichsland Elsaß-Lothringen (Art. 5 EG.).

Digitized by Google

der Erblasser angehört hat,[6]) und wenn derselbe ein Deutscher war, ohne einem Bundesstaate anzugehören,[6a]) der Reichsfiskus (§ 1936). Hierdurch unberührt bleiben übrigens die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 1936 an Stelle des Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes gesetzlicher Erbe ist (Art. 138 EG.).[7])

II. Die Erbfolge der Verwandten.*)

1. Berechtigung zur Verwandtenerbfolge.

§ 8.

Wer mit dem Erblasser verwandt[1]) ist, sei es auch noch so entfernt, kann, dafern er nur im entscheidenden Zeitpunkte, wenigstens als nasciturus, bereits vorhanden ist, zur Verwandtenerbfolge berufen werden. Eine sogenannte „Erbrechtsgrenze",[2]) über die hinaus Verwandte des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge nicht mehr berufen werden, ist im BGB.[3]) nicht gezogen (§ 1929). Hierbei ist jedoch wohl zu beachten, daß zwischen einem unehelichen Kinde[4]) und dessen

[6]) „Hat der Erblasser mehreren Bundesstaaten angehört, so ist der Fiskus eines jeden dieser Staaten zu gleichem Anteile zur Erbfolge berufen" (§ 1936 Abs. 1 Satz 2).

[6a]) Daß der Erblasser ein Deutscher war, wird also im § 1936 durchaus vorausgesetzt.

[7]) Nach Art. 139 EG. bleiben durch das BGB. auch diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Erbrecht, ein Pflichtteilsanspruch oder ein Recht auf bestimmte Sachen zusteht.

*) E. Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts nach dem BGB. für das Deutsche Reich (1896); vgl. ferner Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB. (1899).

[1]) Vgl. hierzu § 1589.

[2]) Über und für die Erbrechtsgrenze vgl. Bernhöft a. a. O. S. 68 ff. und Heymann a. a. O. S. 25 u. 62 (daselbst auch weitere Literatur).

[3]) Anders Entwurf II und die Reichstagsvorlage, welche die gesetzliche Erbfolge der Verwandten mit der fünften Ordnung abschlossen. Über die nicht für jedermann überzeugenden Erwägungen, aus denen sich die Reichstagskommission veranlaßt sah, von der Normierung einer Erbrechtsgrenze abzusehen, vgl. den Bericht der Reichtagskommission über das Erbrecht S. 2.

[4]) Über sogenannte Brautkinder enthält das BGB. keine Bestimmung; sie stehen daher anderen unehelichen Kindern durchaus gleich.

Digitized by Google

Vater eine Verwandtschaft im Rechtssinne gar nicht besteht (§ 1589). Im Verhältnis zur Mutter und deren Verwandten steht dagegen das uneheliche Kind dem ehelichen gleich (§ 1705). Überhaupt nicht als unehelich, sondern vielmehr als ehelich sind die durch nachfolgende Ehe der Eltern legitimierten Kinder zu behandeln;[5]) und für die Abkömmlinge des unehelichen Kindes hat die Eheschließung zwischen den Eltern die volle Wirkung der Legitimation auch dann, wenn das Kind vor der Eheschließung gestorben ist (§§ 1719, 1722). Die nach § 1723 auf Antrag des Vaters des unehelichen Kindes durch eine Verfügung der Staatsgewalt erfolgende „Ehelichkeitserklärung" begründet zwar wechselseitiges gesetzliches Erbrecht zwischen dem Vater einer- und dem Kinde und dessen Abkömmlingen andererseits, nicht aber auch ein solches gegenüber den Verwandten des Vaters[6]) oder zu Gunsten derselben (§§ 1736, 1737). Den ehelichen Kindern durchaus gleichgestellt sind dann wieder die aus einer Putativehe im Sinne des § 1699 hervorgegangenen Kinder. Dem Vater,[7]) welchem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war, kommen jedoch die aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte, zu denen ins-

---

[5]) Über die Voraussetzungen, unter welchen der Ehemann der Mutter als Vater des Kindes gilt, dessen Legitimation per subsequens matrimonium in Frage steht, vgl. § 1720; und in betreff der Frage, ob die Legitimation p. s. m. auch durch Schließung einer Putativehe erfolgen kann, vgl. § 1721.

[6]) Zu diesen gehören auch die sonstigen Abkömmlinge des Vaters, so daß also das nur für ehelich erklärte Kind gegenüber dem (der) ehelich geborenen Bruder (Schwester) auf Grund der Ehelichkeitserklärung kein gesetzliches Erbrecht hat und umgekehrt. Sind insbesondere auf Antrag des Vaters mehrere uneheliche Kinder desselben für ehelich erklärt, so wird hierdurch ein gesetzliches Erbrecht des einen Kindes und seiner Abkömmlinge gegenüber dem anderen Kinde und seinen Abkömmlingen nicht begründet. So auch Staudinger-Engelmann, Kommentar IV Erl. zu § 1737. Ungenau Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 1924, woselbst gesagt wird, daß „durch die Ehelichkeitserklärung ein Erbrecht des Kindes und seiner Abkömmlinge nur gegenüber dem Vater, nicht auch gegenüber seinen Vorfahren" erzeugt werde.

[7]) Was für den Vater gilt, gilt nicht auch für die Voreltern von väterlicher Seite. Diesen kommt also gegenüber dem aus der Putativehe hervorgegangenen Kinde und dessen Abkömmlingen auch in dem im Texte bezeichneten Falle gesetzliches Erbrecht zu (anders entscheidet z. B. das sächsische BGB. § 2039). Willkürlich Endemann III § 15 Anm. 4. Lehmann S. 658 (e) spricht, wenn dem Vater die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war, ohne jeden Grund sogar allen väterlichen Verwandten das Erbrecht ab.

Digitized by Google

besondere auch das gesetzliche Erbrecht gegenüber dem Kinde und den Abkömmlingen desselben gehört, nicht zu (§ 1701). Das durch Annahme an Kindesstatt begründete Verhältnis steht erbrechtlich der ehelichen Abstammung nicht gleich. Der Angenommene zwar erlangt, soweit im Annahmevertrage anderes nicht bestimmt worden ist, dem Annehmenden gegenüber auch in erbrechtlicher Beziehung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes, und mit der Beschränkung des § 1762 Satz 2[7a]) kommt dies auch den Abkömmlingen des Kindes zu statten. Auf die Verwandten des Annehmenden[8]) erstreckt sich dagegen die Annahme an Kindesstatt nicht, und dem Annehmenden selbst ist ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem angenommenen Kinde und dessen Abkömmlingen versagt. An der erbrechtlichen Stellung des Angenommenen in seiner natürlichen Familie wird durch die Annahme an Kindesstatt nichts geändert. Vgl. §§ 1757, 1759, 1762 bis 1764, 1767.

2. Die Erbfolge der Verwandten im einzelnen.

§ 9.

I. Das BGB. schließt sich in seinen Bestimmungen über die Verwandtenerbfolge grundsätzlich, aber mit einigen nicht unerheblichen

---

[7a]) Die Beschränkung der in § 1762 Satz 1 ausgesprochenen Regel durch Satz 2 daselbst besteht darin, daß sich die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt auf einen zur Zeit des Vertragsabschlusses „schon vorhandenen Abkömmling" und dessen „später geborene Abkömmlinge" nur erstrecken, wenn der Vertrag auch mit dem schon vorhandenen Abkömmling geschlossen wird. Wie verhält es sich darnach mit einem zur Zeit des Annahmevertrags noch nicht geborenen, aber doch schon erzeugten Abkömmling des Angenommenen? Ist dieser ein unmittelbarer Abkömmling des Angenommenen, so erstreckt sich die Wirkung der Annahme auf ihn ohne weiteres. Ist er aber ein nur mittelbarer Abkömmling des Angenommenen, so erstreckt sich die Wirkung auf ihn dann, wenn der Annahmevertrag auch mit dem Abkömmling geschlossen worden ist, durch welchen die Verwandtschaft des erzeugten Abkömmlings mit dem Angenommenen vermittelt wird. So auch Planck-Unzner IV Erl. 1 zu § 1762. Unrichtig Frommhold S. 10 (d), der den zur Zeit des Annahmevertrags bereits erzeugten Abkömmling des Annehmenden als „schon vorhandenen Abkömmling" im Sinne des § 1762 behandelt.

[8]) Hatte der Erblasser mehrere Kinder an Kindesstatt angenommen (§ 1743), so erwächst daraus dem einen Kinde und dessen Abkömmlingen kein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem anderen Kinde und dessen Abkömmlingen. Ungenau auch hier Planck-Ritgen a. a. O.

Digitized by Google

Abweichungen, dem geltenden österreichischen Rechte[1]) an, das die von ihm angenommene Gestaltung wieder aus älterem deutschen Rechte geschöpft hatte.[2]) Das angenommene System ist die Erbfolge nach Parentelen.[2a]) Darnach schichtet sich die Gesamtverwandtschaft des Erblassers in übereinanderstehende Ordnungen (Sippen, Parentelen) ab, deren erste durch die Abkömmlinge des Erblassers, und von welchen jede weitere immer durch die vom Erblasser dem Grade nach gleichweit abstehenden Verwandten in der aufsteigenden Linie und deren Abkömmlinge gebildet wird. Die zweite dieser Ordnungen besteht demnach aus den Eltern des Erblassers und deren Abkömmlingen, die dritte aus dessen Großeltern und deren Abkömmlingen, die vierte aus den Urgroßeltern und deren Abkömmlingen und so fort.[2b]) Die Zahl der erbrechtlich in Betracht kommenden Ord-

---

[1]) Vgl. über dieses Unger, Österr. Erbrecht §§ 32 ff.; Pfaff-Hofmann, Kommentar z. österr. allg. BGB. II S. 674 ff.

[2]) Über die vielbesprochene Frage, „ob in der Parentelenordnung wirklich der nationale Grundgedanke der Erbenfolge zum Ausdruck gelangt", vgl. jetzt E. Heymann a. a. O. S. 5, der mit Entschiedenheit für die bejahende Antwort eintritt. Rein germanischen Ursprungs ist übrigens die Parentelenordnung keinesfalls. Findet sie sich doch schon in mehr oder minder deutlicher Ausprägung in allen Rechten der asiatischen Völker arischer, semitischer und mongolischer Rasse (so insbesondere bei den Indern, Hebräern, Syrern, Chinesen), dann aber auch im attischen Rechte. Nachweisungen hierüber bei Heymann S. 16 Anm. 4 und in dem interessanten Aufsatze von Rosin: Beiträge zur Lehre von der Parentelenordnung und Verwandtschaftsberechnung nach deutschem, österreichischem, jüdischem und kanonischem Rechte in Grünhuts Zeitschrift Bd. 28 S. 341.

[2a]) Mit Rücksicht darauf, daß die Parentelen auch als lineae bezeichnet werden, spricht man auch von einem Linealsystem. Man unterscheidet dann wieder zwischen dem reinen Linealsystem und dem Lineal-Gradualsystem. Das erstere charakterisiert sich dadurch, daß innerhalb einer Linie Verwandte des Erblassers verschiedenen Grades neben einander zur Erbfolge gelangen können (vgl. dazu die Ausführung des Textes unter II Z. 1 bis 3), während nach dem Lineal-Gradualsystem innerhalb jeder Linie die dem Grade nach näheren Verwandten die entfernteren ausschließen (vgl. hierzu im Texte II Z. 4). Das BGB. führt in den ersten drei Ordnungen das reine Linealsystem durch, von der vierten Ordnung ab dagegen das Lineal-Gradualsystem.

[2b]) Ohne jeden Einfluß auf die Gestaltung der Erbfolge ist die Herkunft der Bestandteile des Nachlasses von Vater- oder Mutterseite. Dem BGB. ist also das im älteren deutschen Rechte nicht selten vorkommende und auf dem Grundsatz: paterna paternis, materna maternis beruhende Fallrecht (ius recadentiae) fremd.

Digitized by Google

nungen ist, im Gegensatz zum österreichischen Rechte, das mit der sechsten Ordnung abschließt, eine unbeschränkte (§ 1929). Verwandte einer späteren Ordnung erben aber selbstverständlich nur in Ermangelung von Verwandten einer vorhergehenden Ordnung (§ 1930).[3])

II. 1. In der ersten Ordnung gestaltet sich die Erbfolge also: Es erben die Abkömmlinge des Erblassers[4]) ohne Unterschied des Grades,[5]) jedoch derart, daß entferntere Abkömmlinge durch den noch lebenden und zur Erbfolge gelangenden[6]) näheren Abkömmling, von

[3]) Sind Verwandte einer vorhergehenden Ordnung zwar vorhanden, können oder wollen sie aber nicht erben, so haben sie außer Betracht zu bleiben. Vgl. §§ 1953, 2344, 2309. Es findet also sogenannte successio ordinum statt. Von einer sukzessiven Delation im Sinne des röm. R. ist trotzdem nicht zu sprechen. Denn nach BGB. (vgl. §§ 1953, 2344) ist der entferntere gesetzliche Erbe unter der condicio iuris, daß der ihm vorerst im Wege stehende nähere Erbe wegfällt, als schon vom Erbfall an berufen anzusehen.

[4]) Das Institut der Einkindschaft, zufolge dessen durch zwischen Ehegatten geschlossenen Vertrag den von dem einen Gatten aus einer früheren in die neue Ehe eingebrachten Kindern gegenüber dem Stiefparens dieselben gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte zukommen sollen, wie sie den Kindern ihren leiblichen Eltern gegenüber zustehen, und umgekehrt, ist im BGB. nicht anerkannt. Ein ähnlicher Erfolg könnte daher nur auf Umwegen durch den Abschluß von Erbverträgen und Erbverzichtsverträgen erzielt werden.

[5]) Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach § 1589 Abs. 1 wie nach röm. R. nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten.

[6]) Gelangt ein noch lebender näherer Abkömmling nicht zur Erbfolge, weil er ausschlägt, oder für erbunwürdig erklärt ist, oder durch Verfügung des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, so sind doch dessen Abkömmlinge von der Erbfolge nicht ausgeschlossen. Es findet also auch sogenannte successio graduum statt (das am Ende von Anm. 3 Gesagte gilt aber auch hier). Vgl. §§ 1953, 2344, 2309. Die zuletzt berufene Bestimmung des § 2309 (Reichstagsvorlage § 2282) scheint von Heymann a. a. O. S. 53 übersehen worden zu sein; denn nur dadurch wird die von diesem Schriftsteller aufgestellte Behauptung erklärlich, daß im Falle der Ausschließung eines näheren Abkömmlings der Satz: vivi nulla repraesentatio zur Geltung komme. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergibt sich daraus, daß entferntere Abkömmlinge nach § 2309 pflichtteilsberechtigt sind, wenn der nähere Abkömmling, welcher sie, abgesehen von einer besonderen Verfügung des Erblassers, von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil (wegen rechtmäßig erfolgter Entziehung desselben) nicht verlangen kann. Damit ist aber zugleich anerkannt, daß solchen entfernteren Abkömmlingen im Falle der vom Erblasser verfügten Ausschließung des näheren gesetzlichen Erben von der gesetzlichen Erbfolge gesetzliches Erbrecht zukommt; denn sonst könnten sie unter der früher erwähnten weiteren Voraussetzung nicht pflichtteilsberechtigt sein. Diese schon

Digitized by Google

welchem sie abstammen, ausgeschlossen werden. Hat ein Abkömmling jedoch auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet, so erstreckt sich, sofern ein anderes nicht bestimmt worden ist, die Wirkung des Verzichtes auch auf dessen Abkömmlinge, gleichviel ob der Verzichtende zur Zeit des Erbfalls noch oder nicht mehr am Leben ist (§ 2349). Gelangen nur Abkömmlinge ersten Grades zur Erbfolge, so erben sie zu gleichen Teilen. Treffen mit Abkömmlingen ersten Grades entferntere Abkömmlinge zusammen oder erben nur entferntere Abkömmlinge, so tritt Erbfolge nach Stämmen ein, d. h. die Abkömmlinge eines Abkömmlings erhalten zusammen denjenigen Erbteil, welchen dieser erhalten haben würde, dafern er zur Erbfolge gelangt wäre.[7]) Vgl. § 1924.

Soweit es zur Erbfolge nach Stämmen kommt — und dies kann wie in der ersten so auch in der zweiten und dritten Ordnung zutreffen — erhält, wer infolge mehrfacher Verwandtschaft mit dem Erblasser verschiedenen Stämmen angehört, in jedem dieser Stämme

---

in der 1. Auflage dieses Buches vertretene Auffassung hat seitdem allgemeine Zustimmung gefunden. Vgl. insbesondere Frommhold im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13. S. 305 ff.

[7]) Die Abkömmlinge des Abkömmlings erben in solchem Falle nicht kraft eines von dem letzteren abgeleiteten, sondern kraft eigenen Rechtes, und das sogenannte Repräsentations- oder Eintrittsrecht, zufolgedessen auf die Eintrittsberechtigten der im Texte bezeichnete Erbteil entfällt, bedeutet also keineswegs einen Eintritt (eine Sukzession) in das Erbrecht des weggefallenen Parens. Im Gegenteile; denn für das Eintrittsrecht ist überhaupt nur insoweit Raum, als der Parens, an dessen Stelle die Eintrittsberechtigten treten sollen, erbrechtlich nicht in Betracht kommt. Widerspruchsvolles bei Planck-Ritgen S. 13 zu §§ 1924 bis 1930 (unter 1 b), S. 15 (unter Z. 2 erster Absatz), und auf derselben Seite unter Z. 2 im zweiten Absatz. An den beiden zuerst hervorgehobenen Stellen wird bemerkt, daß das sogenannte „Eintrittsrecht oder Repräsentationsrecht der Deszendenz" im BGB. „zunächst schon in der ersten Parentel" anerkannt sei, an der dritten Stelle heißt es aber auf einmal: „Mit dem Repräsentationsrechte ist auch der Satz: viventis nulla repraesentatio der Sache nach abgelehnt." Eine Erklärung hierfür wird nur darin gefunden werden können, daß unter Repräsentationsrecht an den verschiedenen Stellen verschiedenes verstanden wird. Während dieser Ausdruck zuerst in dem Sinne genommen wird, welchen die Verfasser für den richtigen halten und in welchem das Repräsentationsrecht im BGB. anerkannt ist, wird an der dritten Stelle offenbar an eine ältere und längst überwundene Auffassung des Repräsentationsrechts gedacht, die mit ihren Konsequenzen im BGB. allerdings abgelehnt ist.

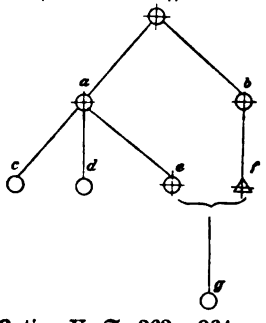
Digitized by Google

den entsprechenden Anteil.[7a]) Von diesen Anteilen gilt jeder als besonderer Erbteil (§ 1927).

2. In der zweiten Ordnung fällt die Erbschaft, dafern die Eltern des Erblassers noch leben, diesen zu gleichen Anteilen zu.[8]) Ist ein Elternteil bereits gestorben, oder bleibt er bei der gesetzlichen Erbfolge aus anderen Gründen außer Betracht, so treten dessen Abkömmlinge an seine Stelle und erben nach den für die erste Ordnung geltenden Grundsätzen.[9]) Sind Abkömmlinge dieses Elternteils nicht

---

[7a]) Beispiel: Erblasser



Hier würde auf c, d, g als die zur Erbfolge gelangenden Abkömmlinge von des Erblassers Sohn a die eine Hälfte der Erbschaft zu gleichen Teilen und auf g als einzigen noch vorhandenen Abkömmling von des Erblassers zweitem Sohne b die andere Hälfte der Erbschaft gelangen, so daß also g im ganzen 4/8 der Erbschaft erhielte. Zu einem ähnlichen Ergebnis kann es auch kommen (anders sächs. BGB. § 2032), wenn der Erblasser einen leiblichen Verwandten an Kindesstatt angenommen hat. Die Motive V S. 363, 364 geben folgende zutreffenden Beispiele: „Eine Mutter nimmt das Kind ihrer unehelichen Tochter an Kindesstatt an; dann ist das angenommene Kind auf Grund der Annahme an Kindesstatt als Kind, vermöge der leiblichen Verwandtschaft als Enkel erbfolgeberechtigt. Ein Mann nimmt das Kind seiner unehelichen Tochter an Kindesstatt an, später wird das uneheliche Kind durch nachfolgende Ehe des Annehmenden mit der Großmutter des Angenommenen legitimiert." Vollkommen zutreffend ist auch folgende Ausführung der Motive: „Entsteht durch die Annahme an Kindesstatt keine mehrfache Verwandtschaft, wie dies z. B. dann sich ergibt, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind an Kindesstatt annimmt, so sind nur verschiedene Rechtsgründe für eine und dieselbe Verwandtschaft gegeben."

[8]) Mit Rücksicht darauf, daß die zur Erbfolge gelangenden Eltern die Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge vollständig ausschließen, kann man hier im Sinne des älteren sächsischen Rechts (vgl. Sachsenspiegel I. 17 § 1) von einem Schoßfall reden. Doch tritt der Schoßfall nach dem BGB. in der zweiten und dritten Ordnung nicht schlechthin ein. Denn in diesen Ordnungen schließt der zur Erbfolge gelangende Eltern- oder Großelternteil die Abkömmlinge des nicht zur Erbfolge gelangenden Eltern-, Großelternteils von der Erbfolge nicht aus. Anders verhält es sich erst in der vierten und den folgenden Ordnungen. Vergl. darüber die weiteren Ausführungen im Texte.

[9]) Hervorzuheben ist, daß der Verzicht eines Seitenverwandten des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht sich, sofern ein Anderes nicht bestimmt worden ist, auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt. Im Falle

Digitized by Google

vorhanden, so fällt die ganze Erbschaft dem überlebenden Teile zu. Sind Vater und Mutter des Erblassers bereits gestorben, oder haben beide aus anderen Gründen außer Betracht zu bleiben, so erben die Abkömmlinge des Vaters und der Mutter in der Weise,[9a]) daß nach den für die erste Ordnung geltenden Grundsätzen auf die Abkömmlinge des Vaters entfällt, was, dafern dieser selbst zur Erbfolge gelangt wäre, auf ihn, und auf die Abkömmlinge der Mutter, was im entsprechenden Falle auf sie entfallen sein würde.[10]) Vgl. § 1925.

3. Dritte Ordnung: Leben beide Großelternpaare, so fällt die eine Hälfte der Erbschaft den väterlichen, die andere den mütterlichen Großeltern zu gleichen Teilen zu. Kommt ein Teil oder kommen beide Teile eines Großelternpaares erbrechtlich nicht in Betracht, so gelten rücksichtlich der Vererbung derjenigen Hälfte der Erbschaft, welche auf diese Großeltern, dafern sie geerbt hätten, entfallen sein würde, zunächst dieselben Grundsätze,[11]) die in der zweiten Ordnung im Falle des Nichtvorhandenseins eines Elternteils oder der Eltern überhaupt maßgebend sind. Ist jedoch auf einer Seite weder der Großvater noch die Großmutter mehr am Leben und sind auch Ab-

---

des Verzichtes eines Aszendenten des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht tritt dagegen eine solche Erstreckung der Wirkung nicht ein. Vgl. § 2349.

[9a]) Man spricht hier von einer divisio in lineas, versteht aber dabei unter linea selbstverständlich nicht soviel als Parentel, sondern nur eine Gliederung innerhalb einer Parentel nach Vater- oder Mutterseite. Vgl. hierzu Pfaff-Hofmann Komment. II S. 691 Anm. 12 und Exkurse II S. 202, wo die Vieldeutigkeit des Ausdrucks Linie eingehend dargelegt wird.

[10]) Geschwister des Erblassers erben darnach nur in ihrer Eigenschaft als Abkömmlinge des nicht zur Erbfolge gelangenden Elternteils, welchen sie mit dem Erblasser gemein haben, und an dessen Stelle sie iure repraesentationis treten. Vollbürtigkeit bezw. Halbbürtigkeit begründet also keinen Unterschied in der Ordnung der Erbfolge, sondern nur darin, daß vollbürtige Geschwister sowohl als Abkömmlinge des mit dem Erblasser gemeinsamen Vaters als auch als solche der gemeinsamen Mutter in Betracht kommen, halbbürtige dagegen nur als Abkömmlinge desjenigen Elternteils, den sie mit dem Erblasser gemein haben.

[11]) Eine wesentliche Modifikation erfahren diese Grundsätze jedoch dann, wenn zu Gunsten des zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden überlebenden Ehegatten die Bestimmungen des § 1931 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 eingreifen. In diesen Fällen entfällt nämlich mit Rücksicht auf den überlebenden Ehegatten das den Abkömmlingen eines weggefallenen Großelternteils sonst zukommende Eintrittsrecht. Vgl. hierzu § 10 III Z. 2 d. D.

Digitized by Google

kömmlinge weder des einen noch der anderen vorhanden, so erben die der zweiten großelterlichen Linie[11a]) Angehörenden und zur Erbfolge überhaupt Berufenen allein. Vgl. § 1926.

4. In der vierten Ordnung sind — im Gegensatz zum österreichischen Rechte, das die für die dritte Ordnung maßgebenden Grundsätze auch bei den weiteren von ihm überhaupt noch zugelassenen Ordnungen festhält[11b]) — Abkömmlinge von Urgroßeltern schlechthin ausgeschlossen, wenn auch nur ein Urgroßelternteil zur Erbfolge gelangt. Mehrere Urgroßeltern erben immer zu gleichen Teilen, auch wenn sie verschiedenen Linien angehören. Kommen Urgroßeltern als Erben nicht mehr in Frage, so erbt von ihren Abkömmlingen derjenige, welcher mit dem Erblasser am nächsten verwandt ist; mehrere dem Erblasser dem Grade nach gleich Nahestehende erben zu gleichen Teilen. Vgl. § 1928.

5. Die für die vierte Ordnung maßgebenden Grundsätze finden auf die fünfte Ordnung und die entfernteren Ordnungen entsprechende Anwendung (§ 1929).

III. Die Erbfolge des überlebenden Ehegatten.

§ 10.

I. Das BGB. gibt dem überlebenden Ehegatten im Anschluß an das in einem großen Teile Deutschlands schon bisher geltende Recht und in Übereinstimmung mit den in den gemeinrechtlichen Gebieten laut gewordenen Wünschen der Bevölkerung[1]) auch bei Vorhandensein von nahen Verwandten, ja selbst von Abkömmlingen des Erblassers ein wirkliches gesetzliches Erbrecht, also nicht bloß, obschon dies von manchen für angemessener gehalten wird, einen Nießbrauch am Nachlaß oder an einem Teile desselben.[2])

11a) Vgl. hierzu Anm. 9a.

11b) Gegen die hierdurch eintretende Gefahr einer vollständigen „Pulverisierung" der Erbschaft vgl. Unger § 32 Anm. 2.

1) Nach gemeinem Rechte kam dem überlebenden Ehegatten (auf Grundlage des edictum unde vir et uxor) ein gesetzliches Erbrecht grundsätzlich erst nach allen Verwandten zu. Eine Ausnahme trat nur zu Gunsten der armen Witwe ein; sie hatte nach nov. 53 c. 6 und nov. 117 c. 5 ein außerordentliches Erbrecht auf die Quart des Vermögens ihres verstorbenen Gatten erhalten. Vgl. hierzu Dernburg Pand. III §§ 136, 137.

2) Für diese Gestaltung mit sehr beachtenswerten Gründen besonders

Digitized by Google

II. Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten setzt voraus, daß die Ehe bis zum Tode des zuerst verstorbenen Ehegatten rechtsgültig bestanden hat. An dieser Voraussetzung fehlt es im Falle einer bloßen Scheinehe[3]) und im Falle der vor dem Tode des zuerst verstorbenen Gatten bereits rechtskräftig ausgesprochenen Scheidung (§ 1564); und desgleichen, wenn die Ehe des verschollen gewesenen und für tot erklärten, aber tatsächlich noch lebenden Gatten mit dem zurückgebliebenen Gatten nach § 1348 dadurch aufgelöst worden ist, daß der letztere eine rechtsgültige Ehe eingegangen ist.

In zwei Fällen ist das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten sogar ausgeschlossen, obschon dessen Ehe bis zum Tode des anderen Gatten noch bestanden hat. So verhält es sich:

1. wenn hinsichtlich der Ehe lediglich die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft[4]) ausgesprochen und diese später auch nicht mehr wiederhergestellt worden ist (§§ 1575, 1586, 1587); und

2. wenn der zunächst verstorbene Ehegatte (Erblasser) zur Zeit seines Todes[5]) auf Scheidung wegen Verschuldens des anderen Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch schon erhoben[6]) hatte (§ 1933).

Bähr, Gegenentwurf (1892) S. 348; Gierke, Das BGB. und der Deutsche Reichstag (1896); Bernhöft a. a. O. S. 78.

[3]) Gesetzliches Erbrecht kommt auch demjenigen Gatten nicht zu, welcher die Nichtigkeit der Ehe zur Zeit der Eheschließung nicht gekannt hat. Unrichtig Frommhold S. 15, der sich auf § 1345 beruft und dabei übersieht, daß der durch diese Bestimmung geschützte Ehegatte dem anderen Gatten gegenüber nur verlangen kann, in vermögensrechtlicher Beziehung so gestellt zu werden, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung geschieden und der andere Ehegatte für allein schuldig erklärt worden wäre. Über die Behandlung im Falle der Scheidung vgl. aber die Ausführung des Textes.

[4]) Vgl. hierzu auch Seckel: Die Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft in der Festschrift für Dernburg (1900) S. 4, 20.

[5]) Über den Einfluß dieses Todes auf den begonnenen Prozeß vgl. § 628 CPO., dessen Bestimmung Wilke S. 32 Z. 6 offenbar übersieht.

[6]) Ob die Ladung zum Sühnetermin (§ 608 CPO.) nach Maßgabe der zunächst nur auf die Wahrung der Frist zur Erhebung der Scheidungsklage sich beziehenden Vorschriften des § 1571 Abs. 3 auch im Falle des Textes der Erhebung der Scheidungsklage gleichgestellt werden darf, ist zweifelhaft. Die Frage wird von Planck-Ritgen Erl. 2c zu § 1933 verneint, von Wilke

Digitized by Google

Als Konsequenz der unter Z. 2 berufenen Vorschrift des § 1933 ergibt sich noch folgendes:

a) Stirbt unter sonst gleichen Voraussetzungen der auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft beklagte Gatte vor dem Kläger, so kommt dem letzteren gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Beklagten allerdings zu.

b) Hatte ein Ehegatte die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach Maßgabe des § 1569 (vgl. auch § 1575) wegen Geisteskrankheit des anderen Ehegatten erhoben, so kommt, wenn ein Ehegatte (sei es auch der Kläger) vor der Rechtskraft des die Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aussprechenden Urteils stirbt, dem überlebenden Ehegatten das gesetzliche Erbrecht zu.

III. Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten gestaltet sich im einzelnen also:

1. Neben Verwandten der ersten Ordnung ist er zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung zur Hälfte der Erbschaft[7]) berufen (§ 1931).

2. Neben den zur dritten Ordnung gehörenden Großeltern wird er mindestens Erbe zur Hälfte. Treffen jedoch mit Großeltern noch Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der überlebende Ehegatte auch von der anderen Hälfte noch das, was nach den für die dritte Ordnung maßgebenden Verteilungsgrundsätzen auf diese Abkömmlinge entfallen würde (§ 1931).[8])

3. Erbt der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten

S. 13 dagegen bejaht. Für die Bejahung scheint zu sprechen, daß man dem Scheidungskläger auch im Falle des § 1933 nicht zumuten kann, zur Wahrung seiner Rechte mehr zu tun, als er trotz seines schon durch die Einreichung der Scheidungsklage bekundeten festen Willens, die Scheidung wirklich herbeizuführen, mit Rücksicht auf die eingreifenden prozessualen Vorschriften (vgl. insbesondere auch § 611 CPO.) tun kann.

[7]) Kommt es zur gesetzlichen Erbfolge nur rücksichtlich eines Bruchteils der Erbschaft, so gilt das im Texte bezüglich der Erbschaft Gesagte nur für den betreffenden Bruchteil. Vgl. auch § 1922 Abs. 2.

[8]) Beispiel: Neben dem überlebenden Ehegatten sind folgende Verwandte dritter Ordnung vorhanden: 1. der väterliche Großvater und ein Abkömmling der väterlichen Großmutter; 2. die mütterliche Großmutter und ein Abkömmling des mütterlichen Großvaters. Der überlebende Ehegatte erhält hier von der Erbschaft: $1/2 + 1/8 + 1/8 = 3/4$; der väterliche Großvater $1/8$ und die mütterliche Großmutter ebenfalls $1/8$.

Digitized by Google

Ordnung oder neben Großeltern, so gebührt ihm nach der an älteres deutsches Recht[9]) anknüpfenden Vorschrift des § 1932 außer seinem Erbteil noch ein nach Vermächtnisgrundsätzen zu behandelnder Voraus.[10]) Derselbe wird durch die zum ehelichen Haushalte gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und durch die Hochzeitsgeschenke gebildet.

4. Gehört der überlebende Ehegatte zu den erbberechtigten Verwandten des Erblassers, so erbt er zugleich als Verwandter; hierbei gilt der ihm auf Grund der Verwandtschaft anfallende Erbteil als besonderer Erbteil (§ 1934).

5. Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung, noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft (§ 1931 Abs. 2).

IV. Der Fiskus als gesetzlicher Erbe.*)

§ 11.

I. Der Fiskus ist gesetzlicher Erbe[1]) nur, wenn und soweit es an einem anderen Erben fehlt, und wird als solcher kraft Rechtsvermutung behandelt, sobald das Nachlaßgericht[2]) nach vorangegangener und während einer den Umständen entsprechenden Zeit fortgesetzter Ermittelung festgestellt hat,[3]) daß ein anderer Erbe als

---

[9]) Vgl. hierzu die Nachweisungen in den Motiven V S. 372.

[10]) Vgl. hierzu unten §§ 17 und 52 II d. D.

*) Binder: Die Rechtsstellung des Erben S. 212 bis 217.

[1]) Nach römischer Auffassung gelangt die Erbschaft, dafern sie keinen Erben findet, als „erblose" (bonum vacans) an den Fiskus. Über die sich dabei ergebende rechtliche Stellung des Fiskus herrschte seit der Zeit der Glossatoren Streit. Während die einen das Recht des Fiskus wenn auch nicht gerade als Erbrecht, so doch nach Analogie des Erbrechts (vgl. auch l. 128 D. 50. 17) behandelt wissen wollten, schrieben andere dem Fiskus nur ein privilegiertes Okkupationsrecht zu. Das Übergewicht behauptete die erste Ansicht. Vgl. Vangerow II § 564 und in besonders eingehender Darstellung Pfaff-Hofmann Komment. II S. 772 ff. Nach dem BGB. steht es außer allem Zweifel, daß der Fiskus durch den an ihn in Ermangelung eines anderen Erben erfolgenden Anfall der Erbschaft Erbe im technischen Sinne wird. Vgl. auch Motive V S. 378.

[2]) Vgl. dazu unten § 62 dieser Darstellung.

[3]) An der wirklichen Rechtslage wird übrigens durch die Feststellung des Nachlaßgerichts nichts geändert. Fehlt es an einem anderen Erben, so war

Digitized by Google

der Fiskus nicht vorhanden ist (§ 1964). Bis dahin[4]) kann der Fiskus die Erbschaft nicht an sich ziehen und ein ihm in seiner Eigenschaft als gesetzlichem Erben zukommendes Recht nicht geltend machen. Das gleiche gilt für Rechte, die gegen den Fiskus als gesetzlichen Erben geltend gemacht werden wollen,[5]) also insbesondere für Ansprüche der Nachlaßgläubiger (§ 1966).

II. Zum Zwecke der unter I erwähnten Feststellung hat das Nachlaßgericht regelmäßig eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldungsfrist zu erlassen. Die Aufforderung darf nur dann unterbleiben, wenn die Kosten dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismäßig groß sind. Die Bekanntmachung der Aufforderung und die Bestimmung der Dauer der Anmeldungsfrist hat nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften[6]) zu erfolgen. Bei der vom Nachlaßgericht nicht vor Ablauf von drei Monaten nach dem Ablauf der Anmeldungsfrist[7]) vorzunehmenden Feststellung bleibt ein von einem Dritten vor oder nach Ablauf der Anmeldungsfrist in Anspruch genommenes Erbrecht unberücksichtigt, wenn der Dritte binnen drei

---

der Fiskus Erbe schon vor der Feststellung, soweit dagegen ein anderer Erbe vorhanden ist, bleibt dieser Erbe trotz der zu Gunsten des Fiskus erfolgten Feststellung und ist es letzterer somit in Wahrheit nicht. Vgl. auch die weitere Ausführung im Texte II a. E.

[4]) Es liegt eben ein Fall vor, in dem der Erbe vorläufig unbekannt ist (§ 1960 Abs. 1). Aus diesem Grunde wird das Nachlaßgericht, soweit ein Bedürfnis dazu besteht, nach Maßgabe der §§ 1960, 1961 für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen und unter Umständen einen Nachlaßpfleger zu bestellen haben.

[5]) Befindet sich der Fiskus schon vor der Feststellung im Erbschaftsbesitz, was selten vorkommen wird, aber doch möglich ist (vgl. Binder S. 216), so steht § 1966 der Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs (§ 2018) gegen den Fiskus nicht entgegen. Denn hierbei wird nicht ein gegen den Fiskus als gesetzlichen Erben sich richtender Anspruch geltend gemacht, sondern ein Anspruch des wahren Erben gegen den Erbschaftsbesitzer.

[6]) Vgl. §§ 948 bis 950, 204 CPO. Keine Anwendung finden dagegen die Vorschriften der §§ 951 ff. über das Ausschlußurteil; denn ein solches ist in unserem Falle nicht zu erlassen.

[7]) Die Ansetzung eines Termins zur Verhandlung über die angemeldeten Rechte ist reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben, bleibt aber in Ermangelung einer abweichenden landesgesetzlichen Vorschrift (§ 200 Abs. 1 FGbG.) dem Ermessen des Nachlaßgerichts überlassen. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 b z. § 1965.

Digitized by Google

Monaten nach dem Ablauf der Anmeldungsfrist dem Nachlaßgericht nicht entweder sein Erbrecht oder doch wenigstens den Umstand nachweist, daß er sein Erbrecht gegen den Fiskus im Wege der Klage[8]) bereits geltend gemacht hat. Ist eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte nicht ergangen, so beginnt der Lauf der dreimonatigen Frist mit der an den sich Meldenden[9]) ergangenen gerichtlichen Aufforderung zur Nachweisung des Erbrechts oder doch wenigstens der bereits erfolgten Erhebung der Klage gegen den Fiskus (§ 1965).

Lehnt das Nachlaßgericht die vom Fiskus verlangte Feststellung, daß ein anderer Erbe nicht vorhanden sei, ab, so steht dem Fiskus die Beschwerde nach den §§ 19, 20 FGbG. zu. Wird sie nicht eingelegt oder bleibt sie ohne Erfolg, so kann der Fiskus aber doch noch immer sein Erbrecht im Wege der Klage[10]) gegen den anderweiten Prätendenten geltend machen.[11])

Ist dagegen die Feststellung erfolgt,[12]) so knüpft sich an sie die Vermutung,[13]) daß ein anderer Erbe als der Fiskus[14]) nicht vor-

---

[8]) Es handelt sich hierbei regelmäßig (vgl. aber auch Anm. 5) um die Erbrechtsfeststellungsklage (vgl. § 256 ZPO.).

[9]) Nur auf diesen Fall bezieht sich § 1965 Abs. 2 S. 2. Darüber, wie lange mit der Feststellung gewartet werden muß (vgl. aber doch § 1964), wenn weder eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte, noch eine Anmeldung von Erbrechten beim Nachlaßgericht stattgefunden hat, enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Man wird mit Planck-Ritgen Erl. 4 a. E. z. § 1965 zu entscheiden haben, daß hier wenigstens drei Monate seit der letzten auf die Ermittelung des Erben gerichteten Amtshandlung des Nachlaßgerichts verstrichen sein müssen.

[10]) Dies wird von Binder S. 216 bei Anm. 28 mit Unrecht bezweifelt; denn wie sollte eine im außerstreitigen Verfahren erfolgte Ablehnung der Feststellung geeignet sein, dem Fiskus sein Erbrecht ein für allemal abzusprechen? Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 5 zu § 1965.

[11]) Hierbei kann aber, da der Erbschaftsanspruch der Verjährung unterliegt (vgl. § 194), dem Beklagten selbstverständlich die Einrede der Verjährung zustehen.

[12]) Gegen die vom Nachlaßgericht ausgesprochene Feststellung kann ein anderweiter Prätendent nach §§ 19, 20 FGbG. Beschwerde einlegen.

[13]) Ein Schutz Dritter nach Maßgabe der §§ 2366, 2367 tritt aber noch nicht auf Grund der im Texte bezeichneten Vermutung, sondern erst dann ein, wenn dem Fiskus ein Erbschein erteilt worden ist.

[14]) Auf die im Texte bezeichnete Vermutung kann sich übrigens der

Digitized by Google

handen ist (§ 1964). Ein Ausschluß des wahren Erben tritt aber auch hier nicht ein. Der Weg der klagweisen Geltendmachung seines Erbrechts bleibt ihm offen.[15])

III. Dem Fiskus kann möglicherweise nur die Stellung eines Vorerben zukommen, so z. B. wenn die Bedingung, unter welcher ein Erbe eingesetzt ist, beim Tode des Erblassers noch schwebt und rücksichtlich der Zeit vom Erbfall bis zur Erfüllung der Bedingung ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist (§ 2105).

Nacherbe kann der Fiskus in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Erbe nicht werden. Denn obschon in Fällen, wo der Erblasser angeordnet hat, daß der Erbe die Erbschaft nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses haben soll, in Ermangelung einer anderen Bestimmung anzunehmen ist, daß die Erbschaft beim Eintritt des Zeitpunktes, des Ereignisses den gesetzlichen Erben anzufallen hat, so gehört doch der Fiskus nicht zu den gesetzlichen Erben in diesem Sinne. Vgl. § 2104.[16])

IV. Kommt es nach § 2088 (vgl. auch § 2094 Abs. 2) nur rücksichtlich eines Bruchteils der Erbschaft zur gesetzlichen Erbfolge, so wird in Ermangelung eines anderen gesetzlichen Erben der Fiskus Miterbe des gewillkürten Erben.[17])

V. Die rechtliche Stellung des zur gesetzlichen Erbfolge[18]) gelangenden Fiskus ist nach verschiedenen Richtungen hin eine eigenartige:

1. Ein literarisches oder künstlerisches Urheberrecht[19]) geht, so-

---

Fiskus nicht nur stützen, wenn er von einem anderen Prätendenten verklagt wird, sondern auch dann, wenn er als Kläger auftritt.

[15]) Das in Anm. 11 über die Verjährung des Erbschaftsanspruchs Gesagte gilt auch hier.

[16]) Mit dieser Vorschrift hängt gedankenmäßig auch die des § 2149 zusammen.

[17]) Zustimmend Binder S. 214.

[18]) Wird der Fiskus gewillkürter Erbe, so gelten für ihn durchaus die allgemeinen Grundsätze.

[19]) Vgl. § 8 Abs. 2 RG. betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. 6. 1901 („Ist der Fiskus oder eine andere juristische Person gesetzlicher Erbe, so erlischt das Recht, soweit es dem Erblasser zusteht, mit dessen Tode") und § 15 RG. betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste vom 9. 1. 1876 („Ein Heimfallsrecht des Fiskus oder anderer zu herrenlosen Verlassenschaften berechtigter Personen findet auf das ausschließliche Recht des Urhebers und seiner Rechtsnachfolger

Digitized by Google

weit es bis zum Erbfall dem Erblasser zustand,[20]) auf den Fiskus als gesetzlichen Erben[21]) nicht über,[22]) sondern erlischt mit des Erblassers Tode.[23]) Eine Abweichung hiervon muß jedoch dann eintreten, wenn der Fiskus nach Maßgabe des unter IV Gesagten nur Miterbe des gewillkürten Erben ist. Es ist dann doch wohl anzunehmen, daß das literarische oder künstlerische Urheberrecht voll dem

---

nicht statt"). Trotz der darin hervortretenden Verschiedenheit der Konstruktion, daß das neue Gesetz sich an die Auffassung des BGB. anschließt, das ältere Gesetz dagegen noch von einem Heimfallsrecht spricht, besteht doch eine sachliche Verschiedenheit beider Vorschriften nicht. Die in § 8 des Gesetzes von 1901 gemachte Einschränkung („soweit es dem Erblasser zusteht") findet sich zwar in § 15 des Gesetzes von 1876 nicht, ergibt sich aber auch hier aus dem Wesen der Sache. Selbstverständlich ist ferner, daß der im Gesetz von 1876 enthaltene Hinweis auf andere zu herrenlosen Verlassenschaften berechtigte Personen sich nur auf die juristischen Personen beziehen kann, von denen im Gesetz von 1901 die Rede ist.

[20]) Die vom Erblasser innerhalb des Rahmens seines Urheberrechtes durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bereits begründeten abgeleiteten Urheberrechte Dritter bleiben also durch die im Texte erwähnte Erlöschung unberührt. Das gleiche muß auch gelten rücksichtlich des von einem Dritten noch vor dem Erbfall hinsichtlich des Urheberrechts erlangten Pfändungspfandrechts (vgl. übrigens hierzu noch § 10 d. Ges. von 1901).

[21]) Was im Texte hinsichtlich des Fiskus gesagt ist, gilt auch in dem Falle, daß nach Maßgabe des Art. 138 EG. an Stelle des Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes gesetzlicher Erbe ist. Vgl. auch Anm. 19.

[22]) Für die anderen Immaterialgüterrechte ist ein gleiches nicht bestimmt. Sie gehen daher auch (anders freilich P. Meyer S. 29 Anm. 3 und S. 134) auf den Fiskus als gesetzlichen Erben über. Vgl. auch Gierke, Deutsches Privatrecht S. 892 Anm. 24, Planck-Ritgen Erl. 5 zu § 1936 und neuestens Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts (1901) S. 602 (der daselbst seine abweichende frühere Auffassung aufgibt oder doch wesentlich einschränkt).

[23]) Diese Behandlung ist übrigens durchaus nicht einwandfrei. Sie entzieht den Nachlaßgläubigern ein Befriedigungsobjekt, sie hat zur Folge, daß ein auf Abtretung des Urheberrechtes gestelltes Vermächtnis in sich zusammenfällt, wenn der Fiskus der gesetzliche Erbe ist, und sie führt im gleichen Falle dadurch zu einer Benachteiligung von Pflichtteilsberechtigten, daß der der Pflichtteilsberechnung zu Grunde zu legende reine Nachlaß um den Wert des Urheberrechts gemindert ist. Vgl. hierzu M. Wolff, Das Erbrecht des Fiskus und das Urheberrecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 331 ff. Der genannte Schriftsteller unternimmt hier den kühnen, aber ansprechenden Versuch, nach den bezeichneten Richtungen hin durch entsprechende Anwendung der §§ 1976, 2175 Abhilfe zu schaffen.

Digitized by Google

gewillkürten Erben zukommt.[24]) Es wird ferner, indem man § 2143 zur entsprechenden Anwendung bringt, gesagt werden müssen, daß, wenn der Fiskus nur Vorerbe ist, die Erlöschung des Urheberrechts nur für die Zeit der Vorerbfolge eintritt und somit nicht zum Nachteil des Nacherben.[25])

2. Der Fiskus kann die ihm als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft nicht ausschlagen (§ 1942 Abs. 2).

3. Dem Fiskus als gesetzlichem Erben ist die Geltendmachung der beschränkten Haftung[26]) für die Nachlaßverbindlichkeiten wesentlich erleichtert: Eine Inventarfrist kann ihm nicht bestimmt werden und durch Versäumung der Inventarfrist kann er daher auch das Recht zur Beschränkung seiner Haftung nicht einbüßen (§ 2011 BGB. und § 780 Abs. 2 ZPO.).

V. Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch Wegfall von Miterben.

§ 12.

Aus der vorstehenden Darstellung hat sich nicht nur ergeben, wer bei der gesetzlichen Erbfolge erbt, sondern zugleich auch, welcher Bruchteil der Erbschaft bei einer Mehrheit von gesetzlichen Erben auf jeden einzelnen von ihnen entfällt. Der auf einen von mehreren gesetzlichen Erben im Zeitpunkte des Erbfalls entfallende Bruchteil kann aber hinterher dadurch eine Erhöhung erfahren, daß ein Miterbe z. B. infolge seiner Ausschlagung oder, weil er für erbunwürdig erklärt wird, ausfällt. Die Verteilung des Nachlasses unter die zum definitiven Erwerbe gelangenden gesetzlichen Erben gestaltet sich dann so, als ob die ausfallenden Miterben niemals vorhanden gewesen wären.[1]) Die sich hieraus unter Umständen[2]) ergebende Erhöhung

[24]) Vgl. hierzu auch Gierke S. 783 bei Anm. 68.

[25]) Vgl. auch M. Wolff a. d. Anm. 23 a. O. S. 357.

[26]) Vgl. hierzu die §§ 73 und 86 d. D.

[1]) Vgl. §§ 1953, 2344. Den juristischen Vorgang hat man sich genauer so zu denken: Der in Frage kommende gesetzliche Erbe ist zunächst zu demjenigen Erbteil berufen, der sich für ihn infolge der Konkurrenz der neben ihm berufenen Erben ergibt, eventuell (nämlich unter der condicio iuris des Wegfalls eines ihn beschränkenden Miterben) aber auch zu einer Erhöhung. Tritt später die condicio iuris ein, so ist es nach rückwärts hin so zu halten, wie im Texte ausgeführt ist.

[2]) Diese Einschränkung ist deshalb notwendig, weil der Wegfall eines

Digitized by Google

eines gesetzlichen Erbteils bezeichnet das BGB. nicht als Anwachsung.[3]) Von einer solchen spricht es nur bei der gewillkürten Erbfolge (§§ 2094, 2095) und bei einem mehreren Personen zusammen hinterlassenen Vermächtnis (§§ 2158, 2159). Allein die hier in Frage stehende Erhöhung des gesetzlichen Erbteils wird doch in gleicher Weise behandelt wie die Vergrößerung eines testamentarischen Erbteils durch Anwachsung (vgl. §§ 1935 und 2007 Satz 2). In beiden Fällen gleichmäßig gilt insbesondere der Teil, um welchen sich der ursprüngliche Erbteil erhöht, in Ansehung der den einen oder den anderen Teil belastenden Vermächtnisse und Auflagen sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht, nicht auch nach anderen Richtungen hin, als besonderer Erbteil.

Ja das BGB. geht noch weiter. Sowie es bei der testamentarischen Erbfolge eine Anwachsung auch in der Weise gibt, daß ein testamentarischer Miterbe vor dem Erbfall ausfällt, so spricht § 1935 auch von der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils eines gesetzlichen

---

gesetzlichen Erben die Erhöhung der gesetzlichen Erbteile der übrigen Erben keineswegs immer und überall zur Folge hat. So erfährt z. B. der feste Erbteil, der dem überlebenden Ehegatten neben Verwandten der ersten und der zweiten Ordnung nach § 1931 zukommt, dadurch noch keine Erhöhung, daß ein einzelner Verwandter dieser Ordnung wegfällt, dafern auch nur ein Verwandter derselben Ordnung zur Erbfolge gelangt. Von einer infolge des Wegfalls eines gesetzlichen Erben eintretenden Erhöhung der Erbteile anderer gesetzlicher Erben kann ferner dann keine Rede sein, wenn an Stelle des Weggefallenen iure repraesentationis andere gesetzliche Erben eintreten. Bemerkenswert ist auch der Fall des Zusammentreffens des überlebenden Ehegatten mit Großeltern und Abkömmlingen eines weggefallenen Großelternteils. Gelangt hier der überlebende Ehegatte zur gesetzlichen Erbfolge, so entfällt auf ihn außer der Hälfte der Erbschaft auch noch das, was nach den für die dritte Ordnung regelmäßig maßgebenden Verteilungsgrundsätzen auf die Abkömmlinge des weggefallenen Großelternteils entfallen würde; schlägt aber der Ehegatte z. B. aus, so greift nunmehr zu Gunsten dieser Abkömmlinge das Eintrittsrecht wieder Platz (und zwar mit rückwirkender Kraft).

[3]) Diesen Sprachgebrauch des BGB. läßt Lehmann S. 662 unberücksichtigt. Er redet vielmehr auch in den hierher gehörigen Fällen schlechtweg von „Anwachsung" oder „Akkreszenz". Mit Unrecht; denn zwischen der „Anwachsung" im Sinne des BGB. und der „Erhöhung" des Erbteils eines gesetzlichen Erben nach Maßgabe des § 1935 besteht doch immerhin der Unterschied, daß jene nur mit Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Erblassers eintritt (vgl. weiter unten § 26 IV dieser Darstellung), während diese auf der Ordnung der gesetzlichen Erbfolge beruht.

Digitized by Google

Erben durch Wegfall eines anderen gesetzlichen Erben vor dem Erbfall. Auch in diesem Falle soll die Erhöhung in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil gelten.

Was in betreff der bisher erwähnten Fälle gesagt worden ist, muß in Konsequenz der Bestimmung des § 1935 aber offenbar auch gelten, wenn bei einer Sachlage, wo der Erblasser nur über einen Teil seines Nachlasses verfügt hat, eine Erhöhung von gesetzlichen Erbteilen dadurch eintritt, daß der Testamentserbe vor oder nach dem Erbfall wegfällt.[4])

Die Herausstellung der aus der Bestimmung des § 1935 sich ergebenden praktischen Konsequenzen im einzelnen kann erst in anderem Zusammenhange erfolgen.

VI. Die Ausgleichung von Vorempfängen unter Abkömmlingen.*)

1. Gegenstand der Ausgleichung.[1])

§ 13.

I. Wenn mehrere Abkömmlinge des Erblassers als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, so kann die praktische Gestaltung der

---

[4]) Anders entscheidet freilich Endemann III S. 87. Er meint, § 1935 komme hier „offenbar" deshalb nicht zur Anwendung, „weil in solchem Falle regelmäßig ein absolut besonderer Erbteil vorliegt". Allein hiervon kann keine Rede sein. Beispiel: Der vom Erblasser in Ansehung der Hälfte der Erbschaft als Erbe eingesetzte und mit Vermächtnissen belastete extraneus E ist noch vor dem Erbfall gestorben, sodaß infolgedessen die ganze Erbschaft an den gesetzlichen Erben G gelangt. Nach der im Texte vertretenen Ansicht ist hier § 1935 entsprechend anzuwenden. Nach der Ansicht Endemanns dagegen wäre die dem G infolge des Wegfalls des E zukommende zweite Hälfte der Erbschaft nach allen Richtungen hin als absolut besonderer Erbteil zu behandeln, also insbesondere auch dann, wenn der Erblasser Vermächtnisse oder Auflagen weder dem E noch dem G auferlegt hat. Im Gesetze hat jedoch diese Entscheidung nicht die geringste Stütze und sachlich ist sie durchaus unangemessen. Wie Endemann auch Frommhold S. 19.

*) Über die Erbenausgleichung nach römischem R. vgl. besonders Fein, Das Recht der Kollation (1842) und Leist, Fortsetzung von Glück, Serie der Bücher 37, 38, III (1875). Weitere Literatur bei Windscheid III § 609. Vgl. ferner Strützki in Verhandlungen des 20. D. Juristent. I S. 156 (Kritik des Entwurfs I). Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen

Digitized by Google

letzteren infolge der auf ergänzender Rechtsvorschrift beruhenden Ausgleichungspflicht (§§ 2050 bis 2057) eine erhebliche Veränderung erfahren.

Was im folgenden für Fälle dieser Art ausgeführt wird, gilt übrigens „im Zweifel"[1a]) auch dann, wenn Abkömmlinge auf dasjenige als Erben eingesetzt sind, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder wenn die ihnen vom Erblasser durch Verfügung von Todeswegen zugewiesenen Erbteile doch wenigstens in demselben Verhältnisse[2]) stehen wie die gesetzlichen Erbteile (§ 2052).

Die Erbenausgleichung des heutigen Rechtes knüpft an die von Kaiser Leo im Jahre 472 (vgl. l. 17 C. 6.20) eingeführte und von Justinian weiter ausgebildete Kollation des neueren römischen Rechtes[3]) an. Sie ist in im einzelnen sehr verschiedener Ausgestaltung fast von allen modernen Gesetzgebungen aufgenommen worden. Die einschlagenden Vorschriften des BGB. berühren sich am meisten mit denen des preuß. ALR. und haben mit diesen insbesondere die Berücksichtigung deutschrechtlicher Gedanken gemein.

---

gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB. (1897) S. 88 ff.; Hachenburg, Vorträge S. 716 ff.; Küntzel a. a. O. S. 615 ff. und S. 808 ff.; Beyer, Die gesetzliche Erbenausgleichung nach dem bürg. R. (Marburger Dissertation 1900). Magnus, Die Ausgleichungspflicht im BGB. (1901), mit unzureichender Literaturbenutzung; H. Meyer im Recht 1900 S. 245.

[1]) Der entsprechende Ausdruck des römischen Rechtes ist: collatio. Die zutreffende Bezeichnung: „Ausgleichung" findet sich bereits im preuß. LR. (II, 2 §§ 303 ff.).

[1a]) Hierbei handelt es sich nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes nicht mehr um einen ergänzenden Rechtssatz, sondern nur um eine Auslegungsregel.

[2]) Hierbei ist an zwei Möglichkeiten zu denken. Die eine besteht darin, daß der Erblasser neben seinen Abkömmlingen einen extraneus als Erben eingesetzt hat und daß infolgedessen die Erbteile der ersteren kleiner sind, als ihre gesetzlichen Erbteile sein würden, während das Verhältnis jener Erbteile untereinander dasselbe bleibt wie bei der gesetzlichen Erbfolge. Es ist aber auch möglich, daß die den eingesetzten Abkömmlingen zugewiesenen (und untereinander im gleichen Verhältnis wie bei der gesetzlichen Erbfolge stehenden) Erbteile deshalb größer sind als die gesetzlichen Erbteile, weil der Erblasser eine Person, die bei der gesetzlichen Erbfolge miterben würde (z. B. den Ehegatten oder auch einen Abkömmling), von der Erbfolge ausgeschlossen hatte.

[3]) Die bei der bonorum possessio unde liberi eintretende Kollation des älteren römischen Rechtes (collatio emancipatorum) ist für das heutige Recht belanglos; ihr Zweck war die Ausschließung einer ungerechtfertigten Begünstigung der neben den sui zur Erbfolge gelangenden emancipati.

Digitized by Google

II. Der gesetzlichen Ausgleichung[4]) unterliegen nur Zuwendungen, die der Erblasser[5]) bei seinen Lebzeiten einem Abkömmling gemacht hat, aber auch von ihnen wieder nur diejenigen, hinsichtlich welcher nach der Auffassung des Gesetzes als wahrscheinlicher Wille des Erblassers anzunehmen ist, daß sie bei der Feststellung desjenigen, was jeder von mehreren Abkömmlingen aus dem Nachlasse wirklich erhalten soll, mit zu berücksichtigen sind. Auf dieser Erwägung beruht die Bestimmung des § 2050.[6]) Ihr zufolge haben Abkömmlinge bei Vorhandensein der Voraussetzungen unter I zur Ausgleichung zu bringen:

1. dasjenige, was sie vom Erblasser als „Ausstattung"[7]) erhalten haben (§ 2050 Abs. 1);

---

[4]) Im Gegensatz zu der lediglich vom Erblasser angeordneten gewillkürten Ausgleichung. Von einer solchen kann man in doppelter Beziehung reden. Einmal insofern, als der Erblasser Zuwendungen an Abkömmlinge der Ausgleichung unterwerfen kann, die ihr nach dem Gesetz nicht unterliegen (vgl. § 2050 Abs. 3). Dann aber auch insofern, daß der Erblasser eine Ausgleichung selbst im Verhältnis von Personen anordnen kann, unter denen eine solche nach dem Gesetz überhaupt nicht stattzufinden hätte. Die Zulässigkeit derartiger Anordnungen wird im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, läßt sich aber aus Abs. 3 von § 2050 erschließen. Vgl. auch Hachenburg S. 717 und Planck-Ritgen Erl. 4 e zu § 2050.

[5]) Eine aus dem Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft gemachte Zuwendung gilt regelmäßig als von jedem Ehegatten zur Hälfte gemacht. Ist sie jedoch an einen Abkömmling erfolgt, der nur von einem der Ehegatten abstammt, so gilt sie als von diesem Ehegatten gemacht. Hat endlich ein Ehegatte wegen der Zuwendung zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten, so kommt insoweit nur dieser Ehegatte als Zuwendender in Betracht. Nach Maßgabe dieser Grundsätze, die auf Zuwendungen aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechend anzuwenden sind, bestimmt sich, ob und inwieweit im konkreten Falle eine Zuwendung des Erblassers vorliegt. Vgl. § 2054.

[6]) Ihr leitender Gedanke läßt sich auch dahin ausdrücken, daß die dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers entsprechende Gleichstellung seiner Kinder auch dadurch nicht beeinträchtigt werden soll, daß zufällige Umstände den Erblasser veranlaßt haben, einzelnen seiner Abkömmlinge Gaben der im Texte bezeichneten Art im voraus zukommen zu lassen. Auf demselben Grundgedanken (aequalitas inter liberos servanda) beruhte auch schon die Kollation des neueren röm. Rechtes. Hinsichtlich der Frage, was zur Ausgleichung zu bringen ist, entfernen sich jedoch das heutige R. und das BGB. insbesondere weit vom römischen R.

[7]) Darauf, ob die gegebene Ausstattung das den Vermögensverhältnissen

Digitized by Google

2. Zuschüsse,[8]) die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden,[9]) sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe, die einen wie die anderen jedoch nur insoweit,[10]) als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben (§ 2050 Abs. 2).

In Betreff der unter Z. 1 erwähnten Zuwendungen entsteht mit Rücksicht auf die durch den Gebrauch des Wortes „Ausstattung" unzweideutig ausgedrückte Verweisung auf § 1624 folgender Zweifel: Nach § 1624 ist Ausstattung[12]) dasjenige, was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird.[13]) Der Begriff der Ausstattung im technischen Sinne setzt darnach nicht nur voraus, daß die Zuwendung zu einem der oben angegebenen Zwecke, sondern außerdem auch noch, daß sie von dem Vater oder der Mutter des Empfängers gemacht worden ist. Hat man an der letzteren Voraussetzung auch bei der Anwendung des § 2050 Abs. 1 festzuhalten? Die Bejahung dieser Frage würde

---

des Erblassers entsprechende Maß übersteigt oder nicht, kommt, obschon dies nach anderer Richtung hin von Erheblichkeit ist (vgl. § 1624), im allgemeinen nichts an. Anders verhält es sich nur, wenn und soweit die Ausstattung zugleich den Charakter einer Zuwendung im Sinne von § 2050 Abs. 2 hat. Vgl. Anm. 16.

[8]) Es braucht sich übrigens nicht um regelmäßige oder auch nur um wiederholte Zuschüsse zu handeln. Auch schon ein einmal gewährter Zuschuß der im Texte erwähnten Art unterliegt der Ausgleichung.

[9]) Ob der Empfänger die Gabe auch tatsächlich der Zweckbestimmung des Gebers entsprechend verausgabt oder als Ersparnis zurückgelegt hat, ist gleichgültig.

[10]) Aus dem Stamme des Vermögens des Erblassers braucht die Gabe hier ebensowenig gewährt worden zu sein als im Falle unter Z. 1. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Zuwendung das dem Vermögen des Zuwendenden entsprechende Maß übersteigt, kann es aber unter Umständen doch von Belang sein, daß die Zuwendung nicht aus dem Einkommen, sondern aus dem Stammvermögen des Zuwendenden gemacht worden ist.

[12]) Über das Verhältnis von „Ausstattung" und „Aussteuer" vgl. § 1624 Abs. 1 a. E. mit §§ 1620 bis 1623. Darnach ist die Aussteuer eine Art der Ausstattung. Anders nur Opet S. 147.

[13]) Eine solche Zuwendung liegt selbstverständlich nicht in der Bestreitung der Kosten der Hochzeitsreise, des Hochzeitsmahls u. dgl.

Digitized by Google

zu dem Ergebnisse führen, daß der Enkel des Erblassers dasjenige, was ihm von diesem zu einem der in § 1624 bezeichneten Zwecke gegeben worden ist, selbst dann nicht zur Ausgleichung zu bringen hat, wenn sein die Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelnder Vater zur Zeit der Zuwendung bereits gestorben war, während eine unter § 2050 Abs. 2 fallende Zuwendung unter sonst gleichen Verhältnissen vom Empfänger allerdings zur Ausgleichung gebracht werden muß. Behufs Vermeidung einer derartigen sachlich ungerechtfertigten und vom Gesetz doch wohl auch nicht beabsichtigten (vgl. § 2053) ungleichen Behandlung der in den Absätzen 1 und 2 des § 2050 bezeichneten Zuwendungen wird man deshalb anzunehmen haben,[14]) daß der im Abs. 1 des § 2050 gebrauchte Ausdruck „Ausstattung" nur als kurze Bezeichnung für diejenigen Zuwendungen dienen soll, welche der Erblasser einem Abkömmling unter den im § 1624 angegebenen Umständen gemacht hat.[15])

Hinsichtlich der unter Z. 2 bezeichneten Zuwendungen ist zu bemerken, daß sie unter Umständen zugleich auch unter den Begriff der Ausstattung fallen können.[16]) Soweit dies zutrifft, ergibt sich

---

[14]) Für diese Auslegung sprechen auch die Protokolle V S. 889, 890.

[15]) Wie verhält es sich, wenn der Erblasser die Ausstattung dem Abkömmling zwar versprochen, bis zu seinem Tode aber nicht geleistet hat? Es ist auch schon in dem angenommenen Versprechen (das aber, wenn von dem Vater oder der Mutter erteilt, nach § 1624 Abs. 1, soweit die versprochene Ausstattung das den Vermögensverhältnissen des Versprechenden entsprechende Maß übersteigt, im Falle der Erteilung durch einen entfernteren Verwandten in der aufsteigenden Linie grundsätzlich immer der Form des § 518 bedarf) eine Zuwendung im Sinne des Gesetzes zu erblicken. Der Anspruch des Abkömmlings aus dem Versprechen belastet den Nachlaß als Nachlaßverbindlichkeit. Es findet aber zugleich auch Ausgleichung statt. In gleicher Weise wird auch vorgegangen werden müssen, wenn einer Tochter des Erblassers schon kraft Gesetzes der im § 1620 bestimmte und bis zum Erbfall unerfüllt gebliebene Anspruch auf Gewährung einer Aussteuer zukommt.

[16]) So verhält es sich z. B. mit Zuschüssen, die einer verheirateten Tochter zur Erhaltung der Wirtschaft zugewendet werden, oder mit einer Aufwendung, die ein Vater für seinen Sohn, der als bisheriger Offizier wegen eines körperlichen Gebrechens seinen Abschied nehmen mußte, macht, um diesem die für die Erlangung einer anderweiten Lebensstellung erforderliche (etwa kaufmännische) Ausbildung zuteil werden zu lassen. Nicht unter den Begriff der Ausstattung fallen dagegen Zuschüsse zu einer Vergnügungsreise oder zum Zwecke der Kindererziehung u. dgl. Soweit solche Zuschüsse das im § 2050 Abs. 2 bezeichnete Maß überschreiten, fallen sie aber unter diesen Absatz. In

Digitized by Google

aus § 2050 Abs. 2 eine Einschränkung des Abs. 1. Denn die Zuwendungen des Abs. 2 unterliegen der gesetzlichen Ausgleichung keinesfalls über das daselbst bestimmte Maß hinaus, also auch dann nicht, wenn sie sich als Ausstattung darstellen.

Da die Ausgleichungspflicht nicht auf zwingender Rechtsvorschrift beruht,[17]) so entfällt sie, wenn der Erblasser ihren Eintritt ausgeschlossen hat. Eine dies aussprechende Anordnung kann der Erblasser sowohl bei der Zuwendung (§ 2050 Abs. 1) als auch *später durch letztwillige Verfügung* treffen.[18])

---

der zweiten Kommission ist das Verhältnis der im § 2050 Abs. 2 erwähnten Zuwendungen zur Ausstattung zwar zur Sprache gebracht, aber absichtlich nicht positiv erledigt worden.

[17]) Teilweise anders verhält es sich allerdings mit der an § 2050 anknüpfenden Vorschrift des § 2316 über die Berücksichtigung von Vorempfängen bei der Berechnung des Pflichtteils von Abkömmlingen. Vgl. insbesondere Abs. 3 von § 2316 und unten § 56 d. D.

[18]) Hinsichtlich der im Texte entschiedenen Fragen herrscht in der Literatur zum BGB. noch einige Unsicherheit. 1. Von manchen Schriftstellern, vgl. besonders *Schiffner* S. 92, wird daraus, daß der Möglichkeit einer anderweiten Anordnung des Erblassers nur im 1. Absatz des § 2050 gedacht ist, der Schluß gezogen, der Erblasser könne den Wegfall der Ausgleichungspflicht in den Fällen des § 2050 Abs. 2 mit Wirksamkeit überhaupt nicht anordnen. Hierin liegt eine Verkennung des nur dispositiven Charakters der einschlagenden Vorschriften. Derselbe ergibt sich mit voller Deutlichkeit aus § 2052. Unter den hier bezeichneten Umständen tritt nämlich die Ausgleichungspflicht nur „im Zweifel" ein, also keinesfalls gegen den Willen des Erblassers. Da nun die Herstellung der Voraussetzungen des § 2052 ganz im Belieben des Erblassers steht, so kann der Eintritt der Ausgleichungspflicht in keinem Falle auf zwingender Rechtsvorschrift beruhen. Ganz abgesehen hiervon beweisen die Protokolle V S. 889, 890, daß der 2. Abs. des § 2050 von der Kommission lediglich als ein Anhang zum Abs. 1 aufgefaßt worden ist, durch dessen Beifügung das im Abs. 1 hinsichtlich der Ausstattung Bestimmte auch in betreff der unter Abs. 2 fallenden Zuwendungen für anwendbar erklärt werden wollte. Wie hier auch *Hachenburg* S. 718 und *Planck-Ritgen* Erl. 4a zu § 2050. 2. Aus dem dispositiven Charakter der Vorschriften über die Ausgleichung ergibt sich insbesondere auch die im Gesetz nicht besonders hervorgehobene und deshalb von einzelnen Schriftstellern mit Unrecht bezweifelte (richtig jetzt *Matthiaß* II § 146) Möglichkeit einer Ausschließung der Ausgleichung durch letztwillige Anordnung (vgl. übrigens auch § 2048). Eine solche Ausschließung kann vom Erblasser auch indirekt z. B. dadurch ausgesprochen werden, daß er demjenigen Abkömmling, zu dessen Gunsten nach dem Gesetz eine Ausgleichung stattzufinden haben würde, ein Vorausvermächtnis

Digitized by Google

Andere als die unter Z. 1 und 2 genannten Zuwendungen sind zur Ausgleichung nur zu bringen, wenn der Erblasser die Ausgleichung bei der Zuwendung[19]) oder, jedoch unbeschadet des dem Abkömmling zukommenden Pflichtteilsrechtes, letztwillig[20]) angeordnet hat (§ 2050 Abs. 3).

2. Die bei der Ausgleichung beteiligten Personen.

§ 14.

I. Die in § 13 unter II bezeichneten Zuwendungen sind zur Ausgleichung in aller Regel nur zu bringen, wenn der Empfänger, dafern mit der Zeit der Zuwendung der Erbfall zusammenträfe, unmittelbar als Verwandter erster Ordnung zur Erbfolge berufen sein würde. Nach dieser Regel unterliegt also eine Zuwendung an einen entfernteren, tatsächlich aber zur Erbfolge gelangenden Abkömmling, der im vorausgesetzten Falle durch einen noch lebenden näheren Abkömmling von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein würde,[1]) ebensowenig der Ausgleichung, als die Zuwendung an einen

---

hinterläßt. 3. Nach der Ansicht von Beyer S. 21 soll der Erlaß der Ausgleichungsfrist hinsichtlich einer Gabe, die nicht unter den Begriff der Ausstattung und somit unter Abs. 2 von § 2050 fällt, zwar letztwillig erfolgen können, nicht aber bei der Zuwendung. Hierfür fehlt es jedoch an jedem zureichenden Grunde. 4. Durch ein vom Erblasser mit dem Abkömmling nach der Zuwendung geschlossenes Rechtsgeschäft unter Lebenden kann die Ausgleichung nicht wirksam erlassen werden. So auch die herrschende Meinung. Abweichend jedoch Schiffner § 21 Anm. 10.

[19]) Ein nach der Zuwendung zwischen dem Erblasser und dem Empfänger geschlossenes und darauf gerichtetes Rechtsgeschäft unter Lebenden, daß die Zuwendung der Ausgleichung unterliegen soll, dürfte als wirkungslos anzusehen sein. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 4 d z. § 2050. Wohl aber könnte der bezeichnete Erfolg im Wege des Erbverzichts erreicht werden.

[20]) Diese Möglichkeit wird im Gesetz nicht besonders hervorgehoben, ergibt sich aber aus den allgemeinen Grundsätzen. Vgl. §§ 1938, 2048. Frommhold S. 99 Z. 4 a. E. spricht in den hierher gehörenden Fällen von einer Zuwendung unter der „Auflage" künftiger Ausgleichung gegenüber den Miterben, übersieht aber, daß die Annahme einer Auflage im technischen Sinne durch § 1940 geradezu ausgeschlossen ist.

[1]) Damit ist zugleich auch der im § 2053 noch besonders hervorgehobene Fall getroffen, wo der durch die Zuwendung begünstigte Abkömmling später als Ersatzerbe an die Stelle eines vom Erblasser eingesetzten oder kraft Gesetzes berufenen Abkömmlings getreten ist. Denn das Gesetz denkt hierbei (vgl.

Digitized by Google

Empfänger, der die rechtliche Stellung eines Abkömmlings (etwa durch Legitimation oder durch Annahme an Kindesstatt) erst nach der Zuwendung erlangt hat (§ 2053). Selbst unter den soeben bezeichneten Verhältnissen tritt jedoch die Ausgleichungspflicht des Empfängers dann ein, wenn sie vom Erblasser bei der Zuwendung oder letztwillig angeordnet worden ist. Ebenso wird aber auch zu entscheiden sein, wenn feststeht, daß der Erblasser denjenigen näheren Abkömmling, welcher dem Empfänger der Zuwendung bei der gesetzlichen Erbfolge im Wege stehen würde, schon zur Zeit der Zuwendung durch Verfügung von Todeswegen von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen hatte, oder daß er bei der Zuwendung an den entfernteren tatsächlich aber zur Erbfolge gelangenden Abkömmling von der irrtümlichen Annahme ausgegangen war,[2]) daß diesem ein näherer Abkömmling überhaupt nicht mehr vorgehe.[3])

Denjenigen Fällen, in welchen ein zur Erbfolge gelangender Abkömmling zur Ausgleichung nicht verpflichtet ist, obschon er eine Zuwendung der im § 2050 bezeichneten Art vom Erblasser erhalten hat, stehen andere Fälle gegenüber, in denen einem Miterben die

---

§ 2052) an Gestaltungen, bei denen als Ersatzerbe des weggefallenen Abkömmlings derjenige entferntere Abkömmling eingesetzt ist, welcher bei eintretender gesetzlicher Erbfolge schon kraft Gesetzes an die Stelle des später weggefallenen Abkömmlings getreten sein würde.

[2]) Man denke insbesondere an die Möglichkeit, daß der in Wahrheit noch lebende Abkömmling bereits für tot erklärt worden ist.

[3]) Zustimmend Hellmann S. 229; Schiffner S. 102; Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2053; Herzfelder S. 277. Cosack II § 390 II a. E. läßt die Frage unentschieden, denn bei dem daselbst vorgelegten Beispiel bleibt gerade der Punkt ungewiß, auf den es ankommt, nämlich ob der Erblasser den Verschollenen für bereits verstorben gehalten hat oder nicht. Gegen die Ausführung des Textes scheint freilich eingewendet werden zu können, daß die in Frage stehende Vorschrift des § 2053 nicht eine Auslegungsregel, sondern ein ergänzender Rechtssatz ist. Dieser müsse daher insoweit schlechthin zur Anwendung gebracht werden, als der Erblasser eine abweichende Bestimmung nicht wirklich getroffen hat; die im zweiten Falle des Textes fehlende besondere Bestimmung des Erblassers könne aber durch die Irrigkeit der Annahme, von welcher er ausging, nicht ersetzt werden. Hiergegen ist zu bemerken: Die Entscheidung des Textes will keineswegs die irrige Annahme des Erblassers einer von diesem getroffenen Bestimmung gleichsetzen, sondern legt nur die ergänzende Vorschrift des Gesetzes dahin aus, daß diese den im Texte bezeichneten Fall nicht treffen will. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2053.

Digitized by Google

Verpflichtung zur Ausgleichung einer Zuwendung obliegt, die nicht er selbst, sondern ein später weggefallener Abkömmling erhalten hat, an dessen Stelle er getreten ist. Hierbei kommen nach Maßgabe des § 2051 folgende Möglichkeiten in Betracht:

1. An die Stelle des vor oder nach dem Erbfall weggefallenen näheren Abkömmlings tritt ein entfernterer Abkömmling; dann hat der letztere[4]) diejenige Ausgleichungspflicht zu tragen, welche jenem obliegen würde, dafern er Erbe geworden wäre.

2. Fällt ein Abkömmling, der, wenn zur Erbfolge gelangend, wegen einer von ihm erhaltenen Zuwendung zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, vor oder nach dem Erbfall derart weg, daß infolgedessen der einem anderen Abkömmling an der Erbschaft zukommende Anteil sich nach § 1935 oder nach § 2094 (d. i. durch Anwachsung) vergrößert, so trifft den letzteren Abkömmling auch die dem Anteile, um welchen sich der ursprüngliche Anteil vergrößert, entsprechende Ausgleichungspflicht. Beispiel: Der Erblasser hinterläßt von seinem vorverstorbenen Sohne A einen Enkel X, dessen vor dem Erbfall verstorbener Bruder Y mit einem Vorempfang von 6000 ausgestattet war, und den Sohn B. Nimmt man einen Nachlaßbestand von 24000 an, so würden hiervon, sofern man von der Vorschrift des § 2051 absieht, auf jeden der beiden Erben je 12000 entfallen. Nach § 2051 Abs. 1 ist jedoch anzunehmen, daß X, weil sich sein ursprünglicher Erbteil von einem Viertel (denn nur auf soviel würde er sich gestellt haben, wenn Y mitgeerbt hätte) infolge des Wegfalls des Y auf die Hälfte der Erbschaft erhöht hat, dafür auch in Ansehung des ihm zugefallenen Erbteils des Y dem B gegenüber genau so ausgleichungspflichtig ist, als Y es sein würde, wenn er als Miterbe in Betracht käme. Also (vgl. § 2055): 24000 (Nachlaß) + 6000 (Vorempfang des Y) = 30000. Hiervon entfallen auf B 15000 und auf X 15000 — 6000 = 9000, wovon auf dessen ursprünglichen Erbteil 7500 und auf den ihm zugefallenen Erbteil des Y 1500 kommen.[5])

3. Hatte der Erblasser für einen wegfallenden Abkömmling

---

[4]) Darauf, ob der entferntere Abkömmling Erbe des weggefallenen Abkömmlings geworden ist, kommt hier nichts an.

[5]) Die gegen obige Entscheidung in der 1. Auflage dieses Buches S. 83 vorgebrachten kritischen Bedenken halte ich nicht mehr aufrecht.

Digitized by Google

einen Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel[6]) anzunehmen, daß dieser, selbst wenn er ein Abkömmling des Erblassers nicht ist, aus dem Nachlaß nicht mehr erhalten soll, als der weggefallene Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten haben würde (§ 2051 Abs. 2). Beispiel: Bei eintretender gesetzlicher Erbfolge sind des Erblassers Söhne A und B, von denen der letztere bei Lebzeiten des Erblassers eine Zuwendung der im § 2050 bezeichneten Art erhalten hatte, als Erben berufen. Es liegt aber auch eine letztwillige Verfügung vor, laut deren ein extraneus E für den B als Ersatzerbe eingesetzt ist. Kommt hier, weil B ausschlägt, E neben dem A zur Erbfolge, so hat er im Zweifel die Ausgleichungspflicht zu tragen, welche den B, dafern er geerbt hätte, getroffen haben würde.

II. Nach § 2050 haben Abkömmlinge die der Ausgleichung unterliegenden Gaben untereinander auszugleichen. Sowie die Ausgleichungspflicht nur Abkömmlinge bezw. diejenigen, welche in der unter I angegebenen Weise an ihre Stelle treten, trifft, so kommt die Ausgleichung grundsätzlich auch nur miterbenden Abkömmlingen des Erblassers zu statten, also nicht auch dem neben den Abkömmlingen zur Erbfolge gelangenden überlebenden Ehegatten des Erblassers und auch nicht dem extraneus, der neben den zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden Abkömmlingen des Erblassers einen Bruchteil der Erbschaft kraft einer vom Erblasser getroffenen letztwilligen Verfügung erhält.

Darüber, ob die einem Miterben obliegende Ausgleichung nicht unter Umständen einem Miterben zu statten kommen kann, der an Stelle eines weggefallenen Abkömmlings als Ersatzerbe zur Erbfolge gelangt, spricht sich das Gesetz nicht aus. Es handelt sich hierbei also um eine der freien Beurteilung unterliegende Auslegungsfrage.[7])

3. Die Durchführung der Ausgleichung.

§ 15.

I. Die Ausgleichung gelangt bei der Auseinandersetzung unter

---

[6]) Wie in dem oben § 13 Anm. 1a hervorgehobenen Falle, so handelt es sich auch hier nur um eine Auslegungsregel.

[7]) Vgl. auch Protokolle V S. 893. Wilke S. 113 (Z. 3 z. § 2051) will trotzdem aus dem Gesetz herauslesen, daß die im Texte hervorgehobene Frage im Zweifel zu bejahen sei.

Digitized by Google

den Miterben zur praktischen Durchführung.[1]) Zu diesem Zwecke sind die zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen in Geld zu veranschlagen. Der hierbei anzusetzende Wert einer Zuwendung[2]) bestimmt sich im allgemeinen nach der Zeit, zu der jene erfolgt ist.[3]) Die Zulässigkeit einer hinsichtlich der Bewertung einer Zuwendung bei dieser zwischen dem Erblasser und dem Empfänger getroffenen Verabredung oder einer diese Bewertung betreffenden letztwilligen Anordnung des Erblassers ist aber hierdurch nicht ausgeschlossen.[4]) Der Gesamtwert aller Zuwendungen wird sodann dem Werte des-

---

[1]) Vgl. hierüber (insbesondere auch über § 2057) unten § 66 d. D.

[2]) Sind die bei der Auseinandersetzung Beteiligten über diesen Wert nicht einig, so hat, wer einen höheren Wert in Ansatz gebracht wissen will, als der Empfänger dies zugibt, den Beweis dafür zu erbringen, dessen Führung aber durch § 2057 wesentlich erleichtert ist. Vgl. auch Hachenburg S. 720.

[3]) Spätere Wertveränderungen, sowie die Erträgnisse seit der Zuwendung bleiben unberücksichtigt. Die Gefahr der Wertverminderung oder des Untergangs trägt der Empfänger. Daß sich hierbei unter Umständen Unbilligkeiten ergeben können, ist in der 1. Aufl. d. B. S. 84 Anm. 7 näher ausgeführt. Doch ist wohl zu beachten, daß sich eine Art der Bewertung, bei welcher Unbilligkeiten unter allen Umständen vermieden würden, überhaupt nicht ersinnen läßt.

[4]) Dies ergibt sich aus dem dispositiven Charakter der Vorschriften über die Ausgleichung überhaupt und der Bestimmung des § 2055 Abs. 2 insbesondere. Im einzelnen ist noch zu bemerken: 1. Eine von der Vorschrift des § 2055 Abs. 2 abweichende Vereinbarung oder letztwillige Anordnung kann sowohl die Höhe des anzusetzenden Wertes als auch die Modalitäten der Ermittelung dieses Wertes betreffen. 2. Durch eine die Bewertung betreffende letztwillige Anordnung bleibt sowohl das Pflichtteilsrecht des Empfängers der Zuwendung (man denke an eine übermäßig hohe Bewertung) als auch das Pflichtteilsrecht Dritter (man denke an eine zu geringe Bewertung) unberührt. Vgl. auch §§ 2306, 2316 Abs. 3, 2325 ff. und dazu die spätere Darstellung des Pflichtteilsrechtes. 3. Eine hinsichtlich der Bewertung einer der Ausgleichung unterliegenden Zuwendung bei dieser zwischen dem Erblasser und dem Empfänger getroffene Vereinbarung bedarf, soweit sie den Empfänger nicht benachteiligt, keiner besonderen Form, läßt jedoch das Pflichtteilsrecht Dritter unberührt. Auch ist zu beachten, daß der Erblasser durch eine solche Vereinbarung, dafern sie sich nicht als Erbvertrag darstellt, nicht behindert ist, unbeschadet des Pflichtteilsrechtes des Empfängers, eine diesem weniger günstige Wertbestimmung letztwillig anzuordnen. Soweit eine Vereinbarung der bezeichneten Art den Empfänger benachteiligt, liegt in ihr ein teilweiser Erbverzicht und muß deshalb der für diesen vorgeschriebenen Form entsprochen sein.

Digitized by Google

jenigen[5]) zugerechnet,[6]) was vom Nachlasse den Miterben zusammen zukommt, unter welchen die Ausgleichung stattfindet. Nachdem auf der hierdurch gewonnenen Grundlage die Erbteile der einzelnen Anteilsberechtigten berechnet worden sind, wird jedem Miterben der Wert der von ihm zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen auf seinen Erbteil angerechnet.[7]) Vgl. § 2055.

Hat ein Miterbe durch die Zuwendung mehr erhalten als ihm nach Maßgabe der eben dargelegten Berechnungsweise aus dem Nachlaß gebühren würde, so ist er zur Herausgabe des Mehrbetrags nicht verpflichtet. Bei der Verteilung des Nachlasses unter die übrigen

---

[5]) Das kann je nach den Umständen der ganze Nachlaß sein oder auch nur ein Teil desselben. Ungenau war noch die Bestimmung des § 2030 der Reichstagsvorlage. Vgl. den Bericht der Reichstagskommission S. 14 und die folgende Anm. 7.

[6]) Es findet also nur sogenannte Wertkollation, Wertausgleichung, nicht Naturalkollation statt.

[7]) Eine bemerkenswerte Folge der im Gesetze vorgeschriebenen Berechnung ist, daß ein ausgleichungsberechtigter Abkömmling wegen der einem anderen Abkömmling obliegenden Ausgleichung unter Umständen aus dem Nachlaß mehr erhält, als er erhalten würde, wenn die Zuwendung an den ausgleichungspflichtigen Abkömmling nicht erfolgt wäre und der Wert der Zuwendung sich somit noch im Nachlaß befände. Beispiel: Nachlaß = 16000. Gesetzliche Erben sind des Erblassers Söhne A und B, von denen der erstere eine der Ausgleichung unterliegende Gabe von 12000 erhalten hatte, und die überlebende Ehegattin G. Hier ist der gesetzliche Erbteil der G = 4000. Dem verbleibenden Reste von 12000 (vgl. Anm. 5) wird der Vorempfang des A zugerechnet, woraus sich die Summe von 24000 ergibt. Der gesetzliche Erbteil (im Sinne des § 2055 Abs. 1) jedes Sohnes beläuft sich auf 12000. Auf diesen Betrag hat sich jedoch A den Vorempfang von 12000 anrechnen zu lassen, so daß er aus dem Nachlaß nichts mehr erhält, während B die vollen 12000 bezieht. Denkt man sich den Vorempfang an A als nicht erfolgt, so würde der Wert des Nachlasses 28000 betragen. Die G erhielte als gesetzlichen Erbteil 7000 und die gesetzlichen Erbteile der Söhne würden sich auf je 10500 belaufen. Der B erhält also infolge der Zuwendung an den A aus dem Nachlaß um 1500 mehr, als er erhalten würde, wenn das Vermögen des Erblassers durch die Zuwendung an den A nicht vermindert worden wäre. Es ist jedoch Planck-Ritgen Erl. 1 (a. E.) zu § 2055 darin beizustimmen, daß hierin allein eine dem Wesen der Sache widersprechende Lösung oder eine Unbilligkeit noch nicht gefunden werden kann. Vgl. aber doch auch Dernburg Band. III § 141 Anm. 15. Bei der Würdigung der pflichtteilsrechtlichen Vorschriften des § 2316 ist übrigens auf den Punkt noch zurückzukommen. Vgl. § 56 d. D.

Digitized by Google

Miterben soll in solchem Falle „der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Miterben außer Ansatz bleiben" (§ 2056). Die richtige Anwendung dieser Vorschrift erheischt einige Vorsicht. Beispiele:

1. Nachlaß = 18000. Gesetzliche Erben sind die drei Söhne des Erblassers A, B, C, von welchen A einen Vorempfang von 12000 erhalten hatte. Da dieser Vorempfang um 2000 mehr beträgt, als dem A bei der Auseinandersetzung zukommen würde, so ist nach § 2056 vorzugehen und erhalten daher B und C vom Nachlaß je 9000.

2. Nachlaß = 28000. Gesetzliche Erben sind: des Erblassers Sohn A und zwei Enkel X und Y von des Erblassers vorverstorbenem Sohne B. X hat 12000 vorausempfangen. 28000 + 12000 = 40000. Hiernach würden auf den A 20000, auf den X und Y je 10000 entfallen. Auch hier hat also der vorausbegabte Erbe X um 2000 mehr erhalten, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde. Teilt man unter Anwendung der Bestimmung des § 2056 den Nachlaß unter A und Y in der Weise, daß der Wert der Zuwendung an X und dessen Erbteil außer Ansatz bleiben, so scheint dies zu dem Ergebnis zu führen, daß der Nachlaß den Erben A und Y zu gleichen Teilen zukommt, so daß jeder von beiden 14000 erhält. Dieses Resultat ist aber unannehmbar; denn darnach stände Y infolge der Bestimmung des § 2056 um 4000 besser, als er stehen würde, wenn der Wert der Zuwendung an X und dessen Erbteil in Ansatz gebracht worden wären, und hätte A die Kosten davon zu tragen. Die richtige Lösung ist, daß der Betrag von 2000, um den die an X gemachte Zuwendung größer ist als der Betrag, welcher ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, von den ausgleichungsberechtigten Miterben A und Y im Verhältnis von 20000 : 10000 (= 2 : 1) getragen werden muß, oder noch einfacher, daß der vorhandene Nachlaß von 28000 unter A und X im Verhältnis von 2 : 1 zu verteilen ist, so daß also auf A 18666⅔ und auf Y 9333⅓ entfallen. Sicherlich entspricht auch nur dieses Resultat der Absicht des Gesetzes; sie würde aber besser und klarer zum Ausdruck gebracht worden sein, wenn Satz 2 von § 2056 etwa lautete: Der Nachlaß (soweit er den Miterben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet) wird in einem solchen Falle lediglich unter die übrigen Miterben unbeschadet des aus dem Vor-

Digitized by Google

handensein des vorausbegabten Miterben sich ergebenden Verhältnisses ihrer Erbteile geteilt.[8])

II. Erfährt ein Erbteil unter Verhältnissen, bei denen eine Ausgleichung in Frage kommt, durch den vor oder nach dem Erbfall eintretenden Wegfall eines Miterben nach § 1935 oder nach § 2095 eine Vergrößerung, so gilt nach den eben berufenen Bestimmungen der zum ursprünglichen Erbteil hinzukommende Teil rücksichtlich der Ausgleichungspflicht nicht nur dann als besonderer Erbteil, wenn er mit einer Ausgleichungspflicht belastet ist, sondern auch dann, wenn lediglich eine Belastung des ursprünglichen Erbteils mit einer Ausgleichungspflicht vorliegt.[9]) Dies soll noch an einigen Beispielen näher dargelegt werden:

1. Die Vergrößerung des ursprünglichen Erbteils tritt erst nach dem Erbfall ein.

a) Die nächsten gesetzlichen Erben sind wie in dem unter I Z. 2 vorausgesetzten Falle des Erblassers Sohn A und die von seinem vorverstorbenen Sohne B abstammenden Enkel X und Y. X, der eine der Ausgleichung unterliegende Zuwendung erhalten hat, schlägt aus und sein Erbteil fällt demgemäß dem Y zu. Hier ist Y nur in dem Maße ausgleichungspflichtig, als X selbst dies im Falle seines Erbschaftserwerbs gewesen sein würde, oder m. a. W. der ursprüngliche Erbteil des Y kommt hier für den Umfang der den letzteren in Ansehung des an ihn ebenfalls gelangten Erbteils des X treffenden Ausgleichungspflicht nicht in Betracht.

b) Ist dagegen unter sonst gleichen Voraussetzungen nur der ursprüngliche Erbteil des Y mit einer Ausgleichungspflicht belastet, so erweitert sich diese Pflicht in keiner Weise dadurch, daß der bezeichnete ursprüngliche Erbteil sich infolge des nachträglichen Wegfalls des X erhöht.

---

[8]) Darüber, daß die Vorschrift des Gesetzes in diesem Sinne verstanden werden muß, herrscht volle Übereinstimmung.

[9]) Die Fassung der §§ 1935 und 2095 trifft offenbar beide im Text hervorgehobenen Fälle. Es ließe sich freilich auch eine andere Behandlung denken, zufolge deren der zum ursprünglichen Erbteil hinzukommende Erbteil nur in Ansehung der auf ihm lastenden Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil zu gelten hätte. Den Bestimmungen der §§ 1935 und 2095 ist jedoch solche Beschränkung fremd.

Digitized by Google

2. Die Vergrößerung des ursprünglichen Erbteils des Y tritt dadurch ein, daß X vor dem Erblasser stirbt.

a) Hatte der verstorbene X vom Erblasser eine der Ausgleichung unterliegende Gabe erhalten, so lautet die Entscheidung im allgemeinen ganz so wie im Falle unter Z. 1 a. Besonderer Erwägung bedarf jedoch der Fall, daß Y erst erzeugt worden ist, nachdem X bereits gestorben war.[10]) Hier kann man zwar von einer infolge des Wegfalls des X eingetretenen Vergrößerung des Erbteils des Y deshalb nicht reden, weil dem letzteren zu einer Zeit, in der er noch nicht einmal erzeugt war, eine Anwartschaft auf einen Erbteil überhaupt nicht zukommen konnte. Trotzdem bleibt es auch in diesem Falle wahr, daß Y infolge des vor seiner Erzeugung eingetretenen Wegfalls des X einen größeren Erbteil erhält, als er ohne diesen Wegfall bekommen haben würde. Derjenige Anteil der Erbschaft, welcher auf den X entfiele, wenn dieser zur Zeit des Erbfalls noch lebte, und der nunmehr dem Y zukommt, ist daher nach § 1935 in Ansehung der Ausgleichungspflicht auch hier als ein besonderer Erbteil anzusehen.

b) Hatte Y vom Erblasser eine der Ausgleichung unterliegende Gabe erhalten und war X schon vor dem Erbfall weggefallen, so scheint die Nichtberücksichtigung der dem Y infolge dessen zukommenden Vergrößerung seines Anteils an der Erbschaft bei der Feststellung des Umfangs der Ausgleichungspflicht durch die Billigkeit nicht geboten zu sein. Allein nach § 1935 ist die von Y zu tragende Ausgleichungspflicht doch auch in diesem Falle im allgemeinen nur nach Maßgabe desjenigen Erbteils zu beurteilen, den Y erhielte, wenn X neben ihm zur Erbfolge gelangte. Anders muß jedoch entschieden werden,[11]) wenn und insoweit Y die ihm vom Erblasser gemachte Zuwendung erst erhalten hat, nachdem X bereits gestorben war.

---

[10]) Bei dieser Gestaltung (nicht auch in den übrigen Fällen) muß selbstverständlich vorausgesetzt werden, daß der Vater von X und Y, d. i. B, nicht nur zur Zeit des Todes des X, sondern auch einige Zeit darauf noch gelebt hat und daß X wegen der von ihm erhaltenen Gabe, dafern er den Erbfall erlebt hätte, ausgleichungspflichtig gewesen wäre (etwa nach Maßgabe der vom Erblasser bei der Zuwendung getroffenen Bestimmung oder deswegen, weil B unter Vorbehalt des Erbrechts seiner Abkömmlinge auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet hatte).

[11]) Zu demselben Ergebnis scheint zu führen, was bei Planck-Ritgen in Erl. 1 zu § 1935 ausgeführt wird.

Digitized by Google

Eigentümlich geartet sind diejenigen Fälle, in welchen der für die Zeit vor dem Erbfall anzusetzende Erbteil eines ausgleichungspflichtigen Abkömmlings später durch Hinzutreten anderer eventueller gesetzlicher Erben eine Verminderung, dann aber wieder durch Wegfall eben dieser Erben eine Erhöhung erfährt. In der Literatur ist folgender Beispielsfall zur Erörterung gestellt worden:[12]) „A wird von seinen beiden Töchtern B und C beerbt; die B hat 100000 Mk. auszugleichen, während der Nachlaß A's 110000 Mk. beträgt; sie bekommt also nach Maßgabe der bisherigen Regeln 5000, die C 105000 Mk. Nun entsteht aber folgende Komplikation: Nachdem die B ihre 100000 Mk. empfangen, hat ihr damals verwitweter Vater eine neue Ehe geschlossen und es sind in dieser Ehe noch 7 Kinder geboren; diese Kinder und die zweite Ehefrau sind sämtlich vor A gestorben. Alsdann ist der anfängliche Erbteil der B durch die Konkurrenz der Stiefmutter und der nachgeborenen Geschwister von $1/2$ auf $1/12$ herabgesetzt; später ist er allerdings wieder auf $1/2$ erhöht. Diese Erhöhung bleibt aber für die Ausgleichungspflicht der B außer Betracht. Das Ergebnis ist: Die 100000 Mk., welche die B auszugleichen hat, werden gegen eines der sechs Nachlaßzwölftel die der B zustehen, glatt aufgerechnet,[13]) und der Nachlaß der B zu $5/11$, der C zu $6/11$ zugesprochen. Die B verdankt also der zweiten Ehe ihres Vaters eine Erhöhung ihres Nachlaßanteils von 5000 auf 50000 Mk.!"

Dieses Ergebnis, das, wenn richtig, auch bei der Pflichtteilsberechnung (§ 2316) festgehalten werden müßte,[14]) ist unannehmbar.

---

[12]) Von Cosack II § 390 (IV Z. 4 a. E.).

[13]) Diese Ausdrucksweise ist nicht glücklich gewählt, da von einer Aufrechnung im technischen Sinne keine Rede sein kann. Was Cosack sagen will, ist offenbar, daß die B nur hinsichtlich desjenigen $1/12$ des Nachlasses ausgleichungspflichtig ist, welches ihr allein zugekommen wäre, wenn die 7 Halbgeschwister und deren Mutter mitgeerbt hätten, nicht dagegen auch hinsichtlich der weiteren $5/12$ des Nachlasses, die ihr außerdem noch wegen des Wegfalls der bezeichneten Konkurrenten zukommen.

[14]) Der Pflichtteil der B, der sich abgesehen von der zweiten Ehe ihres Vaters effektiv auf nur 2500 belaufen haben würde, müßte nämlich bei der von Cosack vorausgesetzten Sachlage 25000 betragen, wogegen der Pflichtteil der C von 52500 (soviel würde er betragen, wenn von der zweiten Ehe abgesehen wird) auf 30000 herabgesetzt sein würde. Vgl. §§ 2303, 2316 und unten § 56 d. D.

Digitized by Google

Es muß vielmehr gesagt werden, daß eine dem ausgleichungspflichtigen Abkömmling durch Wegfall eines eventuellen Miterben vor dem Erbfall zukommende Erhöhung als besonderer Erbteil insoweit nicht in Betracht kommt, als durch sie nur die Wiederaufhebung einer vorher durch den Zuwachs des Miterben eingetretenen Verminderung herbeigeführt wird. Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung kann folgendes angeführt werden: Solange als eventuelle gesetzliche Erben des A nur dessen Töchter B und C in Betracht kamen, war für jede derselben gegenüber der anderen hinsichtlich der Ausgleichung eine bestimmte rechtliche Erwartung begründet. Hieran ist später infolge des Zuwachses von eventuellen Miterben allerdings eine Änderung eingetreten, aber nur um dieser Miterben willen. Soweit die letzteren daher vor dem Erbfall wieder wegfallen, gestaltet sich die Ausgleichung zwischen A und B nach Maßgabe der schon vorher begründet gewesenen rechtlichen Erwartungen.[15])

III. Ist die Durchführung der Ausgleichung bei der Auseinandersetzung versäumt worden und hat infolgedessen ein Miterbe aus dem Nachlaß weniger erhalten, als ihm mit Rücksicht auf die Vorschriften über die Ausgleichung gebührt hatte, so steht ihm gegen die hierdurch zu Unrecht begünstigten Miterben ein Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zu.[16])

4. Die rechtliche Natur der Ausgleichung.

§ 16.

Im Entwurf I. Lesung waren die Bestimmungen über die Ausgleichung so gedacht, daß infolge derselben unter den bei der Ausgleichung beteiligten Miterben selbständige obligationenrechtliche Beziehungen (Ausgleichungsansprüche, Ausgleichungsverbindlichkeiten) begründet werden, durch deren Entstehung und Bestand die Gestaltung der Erbfolge selbst völlig unberührt bleibt.[1]) Das BGB. hat diese

---

[15]) Beim Wegfall solcher Erben n a c h dem Erbfall müßte es dagegen bei buchstäblicher Anwendung des § 1935 verbleiben. Den zwingenden Beweis hierfür liefert die Bestimmung des § 2310 über die Feststellung des für die Berechnung des Pflichtteils maßgebenden Erbteils.

[16]) Vgl. auch Protokolle V S. 894.

[1]) Vgl. die §§ 2157 bis 2164 des Entwurfs I. Lesung und dazu Motive V S. 698 ff.

Digitized by Google

Auffassung mit Recht[2]) aufgegeben. Seine Bestimmungen über die Ausgleichung sind so geartet, daß vermöge derselben die Erbfolge der bei der Ausgleichung Beteiligten eine besondere auch gegenüber dritten Personen bedeutsame Gestaltung erfährt.[3]) Dies zeigt sich nach folgenden Richtungen hin:

1. Die Ausgleichungsberechtigung hat nach dem BGB. nicht den Charakter eines dem Ausgleichungsberechtigten neben seinem Erbrecht zustehenden Forderungsrechts, sondern nur den einer besondern Eigenschaft des Erbrechts des Ausgleichungsberechtigten, zufolge welcher dieser bei der Auseinandersetzung einen größeren Anteil des Nachlasses für sich in Anspruch nehmen kann, als ihm hiervon ohne die Ausgleichungsberechtigung gebühren würde. Dem entsprechend verhält es sich auch mit der Ausgleichungspflicht; sie ist nicht eine den Ausgleichungspflichtigen belastende obligationenrechtliche Verbindlichkeit (Schuld), sondern eine den Gehalt seines Erbrechts mindernde Eigenschaft, vermöge deren er aus dem Nachlaß weniger erhält, als er abgesehen von der Ausgleichungspflicht zu erhalten haben würde.[4])

2. Die unter Z. 1 hervorgehobene Beschaffenheit des Erbrechts des Ausgleichungsberechtigten und des Ausgleichungsverpflichteten gewinnt auch entscheidende Bedeutung bei der Haftung der dabei in Betracht kommenden Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten.[5])

---

[2]) Vgl. hierzu auch Jakubezky (jetzt v. Jacubezky): Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. (1892) S. 339, 340.

[3]) Der hier vertretenen Auffassung haben sich grundsätzlich angeschlossen: Beyer S. 94 bis 99 (jedoch in nicht ganz einwandfreier Ausführung), Heymann, Bedeutung der Ausgleichungspflicht für die Verteilung der Erbschaftsfrüchte in Iherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 458 ff. und Lehmann § 300 Z. 2. Eine Übersicht der abweichenden Meinungen gibt Heymann S. 461.

[4]) Teilweise unzutreffend sind die Ausführungen Schiffners S. 113 bis 118; sie berücksichtigen nicht die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen dem Ausgleichungsrecht des BGB. und dem des Entwurfs I. Lesung. Dasselbe gilt von den Bemerkungen bei Matthiaß II § 168 unter V. In betreff des von den genannten Schriftstellern begangenen Hauptfehlers vgl. § 17 II dieser Darstellung.

[5]) Vgl. dazu die eingehende Darlegung im IV. Hauptstück dieser Darstellung.

Digitized by Google

2. Kapitel.

Auf ergänzendem Rechtssatz beruhender Einzelerwerb.

§ 17.

I. In zwei Fällen wendet das BGB. durch Vorschriften ergänzenden Charakters gewissen Personen Vermögensvorteile aus dem Nachlaß in gleicher Weise zu, als ob die Zuwendung durch letztwillige Vermächtnisverfügung des Erblassers getroffen worden wäre (sog. gesetzliche Vermächtnisse). Hierher gehört:

1. Die Bestimmung des § 1932, zufolge deren dem neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden überlebenden Ehegatten außer dem Erbteil auch das schon früher erwähnte Recht auf den Voraus[1]) zugesprochen wird. Aus der vermächtnisrechtlichen Natur des Voraus sind folgende Schlüsse zu ziehen:

a) In Ansehung des Voraus ist der überlebende Ehegatte nicht Erbe, sondern Forderungsberechtigter (§ 2174) und somit Nachlaßgläubiger (§ 1967 Abs. 2).

b) Anfall, Annahme, Ausschlagung des Rechtes auf den Voraus bestimmen sich nach den §§ 2176, 2180. Nimmt der Ehegatte sowohl seinen gesetzlichen Erbteil als auch den Voraus an, so kommt ihm in Ansehung des letzteren die Stellung eines Vorausvermächtnisnehmers[2]) zu; er kann aber auch den ersteren annehmen und den letzteren ausschlagen oder umgekehrt.

c) Reicht der Nachlaß zur Deckung aller Vermächtnisse nicht aus, so unterliegt der Anspruch auf Leistung des Voraus denselben Beschränkungen wie ein anderer Vermächtnisanspruch.

d) Der Erblasser kann dem überlebenden Ehegatten das Recht auf den Voraus durch Verfügung von Todeswegen willkürlich entziehen oder beschränken. Schließt der Erblasser den überlebenden Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolge aus, so liegt darin auch eine Entziehung des Rechtes auf den Voraus. Denn nach § 1932 steht dem überlebenden Ehegatten das Recht auf den Voraus nur für den Fall zu, als er zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist. Kann er dies infolge seiner Ausschließung von der Erbfolge nicht werden, so entfällt damit von selbst auch sein Recht auf den Voraus. Eine mittelbare Be-

[1]) Vgl. Schiffner S. 123 bis 130.

[2]) Vgl. unten § 29 d. D.

Digitized by Google

schränkung des Anspruchs auf den Voraus kann der Erblasser herbeiführen, indem er anderweite Vermächtnisse in solchem Umfange anordnet, daß es infolgedessen zur Kürzung der vermächtnisrechtlichen Ansprüche (und somit auch des Voraus) kommt.

Eine bemerkenswerte Durchbrechung der für den Voraus sonst maßgebenden vermächtnisrechtlichen Grundsätze ergibt sich aus der Bestimmung des § 2311 Abs. 1 Satz 2; vgl. hierüber § 52 II d. D.

2. Zufolge der das deutschrechtliche Institut des sogenannten Dreißigsten[3]) aufnehmenden Vorschrift des § 1969 ist der Erbe nach vermächtnisrechtlichen Grundsätzen verpflichtet, Familienangehörigen des Erblassers, die zur Zeit des Todes des letzteren zu dessen Hausstande gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben,[4]) in den ersten dreißig Tagen nach dem Eintritt des Erbfalls in demselben Umfange, wie der Erblasser es getan hat, Unterhalt zu gewähren und die Benutzung der Wohnung und der Haushaltungsgegenstände zu gestatten.

Das dem Familienangehörigen hieraus erwachsende Recht ist ein bloßes Forderungsrecht, kein dingliches Nutzungsrecht am Nachlasse. Der Berechtigte hat wie dem Erben gegenüber so auch im Verhältnis zu anderen Nachlaßgläubigern nur die Stellung eines Vermächtnisgläubigers. Weil nur auf ergänzender Vorschrift beruhend, greift das Recht des Dreißigsten nur insoweit durch, als der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen keine abweichende Anordnung getroffen hat. Einem Familienangehörigen gegenüber, der sich einer der in § 2339 Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht hat, kann der Erbe den auf § 1969 sich stützenden Anspruch nach § 2345 (wegen Erbunwürdigkeit) anfechten.

II. Während man in den unter I Z. 1 und 2 bezeichneten Fällen immerhin von „gesetzlichen Vermächtnissen“[5]) reden kann, ist

---

[3]) Vgl. Homeyer: Der Dreißigste (1864), Schiffner S. 147 bis 150. Sehr eingehend auch Planck-Ritgen Erl. z. § 1969.

[4]) Daß denselben ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch gegen den Erblasser zustand, ist nicht erforderlich.

[5]) Vgl. hierüber Schiffners Schrift: Gesetzliche Vermächtnisse (1895), in der dieser Kategorie freilich eine viel größere Bedeutung zugeschrieben wird, als ihr wirklich zukommt. Derselben unbegründeten Vorliebe für die Annahme gesetzlicher Vermächtnisse begegnet man aber auch in der dem BGB. gewidmeten neuen und bereits mehrfach berufenen Schrift Schiffners über Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse. Gegen die Verwendung des Ausdrucks „gesetzliche Vermächtnisse“ selbst in den

Digitized by Google

es ganz unangebracht, wenn auch der Pflichtteilsanspruch, die Ausgleichungsberechtigung und der nach § 1963 der schwangeren Mutter des erwarteten Erben zukommende Anspruch auf vermeintliche gesetzliche Vermächtnisse zurückgeführt werden wollen.

Der Pflichtteilsanspruch charakterisiert sich wesentlich dadurch, daß er kraft zwingenden Rechtssatzes nicht nur ohne, sondern selbst gegen den Willen des Erblassers für den Pflichtteilsberechtigten zur Entstehung gelangt; aber auch sonst folgt er durchaus nicht vermächtnisrechtlichen, sondern nur den ihm eigentümlichen Grundsätzen.

Von einem gesetzlichen Ausgleichungsvermächtnis[6]) zu sprechen ist schon deshalb verfehlt, weil die unter nebeneinander erbenden Abkömmlingen des Erblassers nach § 2050 eintretende Ausgleichungspflicht gar nicht den Charakter einer Nachlaßverbindlichkeit hat,[7]) sondern nur zu einer Verschiebung der auf die Miterben, unter welchen die Ausgleichung stattfindet, bei der Auseinandersetzung entfallenden Anteile am Nachlaß führt.

Über den Anspruch aus § 1963 vgl. § 62 dieser Darstellung.

2. Abschnitt.

Verfügungen von Todeswegen.

1. Kapitel.

Allgemeines.

§ 18.

I. Der Erblasser kann hinsichtlich seines Nachlasses und nach einzelnen später genauer zu bezeichnenden Richtungen hin[1]) auch in

Fällen der §§ 1932, 1969 spricht sich grundsätzlich aus Frommhold S. 17, 22, im Falle des Voraus speziell aus dem Grunde, weil das Recht auf den Voraus nicht eine Sondernachfolge von Todeswegen in die den Voraus bildenden Nachlaßgegenstände als Einheit genommen begründe. Letzteres ist gewiß richtig, beweist aber offenbar nichts gegen die vom Gesetz selbst anerkannte vermächtnisrechtliche Natur des Rechtes auf den Voraus. Denn nach § 2174 begründet ein Vermächtnis immer nur einen obligatorischen Anspruch des Bedachten gegen den Beschwerten und niemals eine unmittelbare Sondernachfolge in zum Nachlaß gehörende Rechtsverhältnisse.

[6]) So insbesondere Schiffner in der Anm. 5 a. zweiter Stelle berufenen Schrift S. 112 und Matthiaß II § 168 unter V.

[7]) Richtig Endemann III S. 285 Anm. 13 und S. 286.

[1]) Vgl. § 23 III dieser Darstellung.

Digitized by Google

Beziehung auf Rechtsverhältnisse, die nicht zum Nachlaß gehören, rechtsgeschäftliche Anordnungen, Verfügungen[2]) von Todeswegen — so genannt, weil ihr Wirksamwerden den Tod des Verfügenden zur notwendigen Voraussetzung hat[3]) — treffen.[4]) Diese Verfügungen sind entweder einseitige, auf dem einseitigen Willen des Erblassers beruhende und aus diesem Grunde jederzeit widerrufliche, oder zweiseitige, vertragsmäßige.

Die einseitige Verfügung von Todeswegen heißt, auch wenn sie die Einsetzung eines Erben nicht[5]) enthält, nach der Terminologie des BGB. Testament oder[6]) letztwillige Verfügung (§§ 1937 bis 1940); sie führt die letztere Bezeichnung, weil sie, wenn bis zu des Verfügenden Tode unwiderrufen geblieben, in der Tat das letzte Wort enthält, das der Erblasser in der gesetzlich vorgeschriebenen Form bezüglich seines Nachlasses gesprochen oder geschrieben hat.

Die vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen[7]) heißt Erb-

---

[2]) Unter „Verfügung" versteht das BGB. regelmäßig Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Vgl. Planck I S. 148. Bei den Verfügungen von Todeswegen handelt es sich aber offenbar um Verfügungen in dem eben bezeichneten Sinne nicht.

[3]) Unzutreffend ist es jedoch, wenn Endemann § 46 Anm. 14 in dem Tode des Erblassers einen zum Testament hinzukommenden „Vollziehungsakt" erblicken will.

[4]) Fremd ist dem BGB. der Gedanke des Code civil, daß der Erblasser bei Vorhandensein von nahen Verwandten durch Freigebigkeit unter Lebenden und letztwillige Anordnung nur über einen bestimmten Wertanteil seines Vermögens (la portion disponible) verfügen kann. Vgl. oben § 16 Anm. 2.

[5]) Anders bekanntlich nach römischem Rechte. Denn nach diesem gehört die Einsetzung eines Erben zum wesentlichen Inhalt des Testaments und steht neben dem Testament das Kodizill, d. i. diejenige letztwillige Anordnung, welche eine Erbeinsetzung nicht enthält. Dem BGB. ist wie diese Unterscheidung, so auch der Begriff des Kodizills fremd.

[6]) Die beiden Ausdrücke sind übrigens nicht ganz gleichbedeutend. Denn wenn schon das Testament mit Recht als letztwillige Verfügung bezeichnet wird, so gebraucht man den letzteren Ausdruck doch auch zur Bezeichnung jeder einzelnen in einem Testament enthaltenen Dispostition.

[7]) Sie ist nicht eine Unterart der letztwilligen Verfügung, sondern steht vermöge ihrer Vertragsmäßigkeit im Gegensatz zu dieser. Ungehörig und dem Sprachgebrauch des BGB. zuwider ist es daher auch, wenn manche Schriftsteller den Erbvertrag als zweiseitige letztwillige Verfügung bezeichnen.

Digitized by Google

vertrag (§ 1941); durch sie ist der Erblasser in aller Regel unwiderruflich gebunden, mag auch das vertragsmäßig Verfügte seinem später in einem Testamente geäußerten letzten Willen nicht entsprechen.[8])

II. Von allgemeiner Bedeutung für Verfügungen von Todeswegen überhaupt sind folgende Punkte:

1. Sie können vom Erblasser nur persönlich getroffen werden. Eine Ausnahme von diesem Satze kennt das BGB. nicht.[9]) Wie der Erblasser ein Testament nur persönlich errichten kann (§ 2064), so kann der bei einem Erbvertrag als Erblasser Auftretende den Vertrag nur persönlich schließen (§ 2274).

2. Obschon das BGB. Verfügungen von Todeswegen kennt, durch die der Erblasser fest gebunden wird, so läßt es doch Verträge nicht zu, vermöge deren der Erblasser verpflichtet werden soll, eine Verfügung von Todeswegen (Testament oder Erbvertrag) zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben.[10]) Eine hierauf[11]) gerichtete Verabredung ist nichtig (§ 2302).

---

[8]) Dem älteren deutschen Rechte (vgl. dazu oben Einleitung Anm. 3) waren sowohl das Testament wie der Erbvertrag fremd. Das erstere ist aus dem römischen Rechte in das deutsche Rechtsleben übergegangen, das letztere Institut ist erst nach der Rezeption des römischen Rechtes durch eigenartige Verbindung germanischer und römischer Rechtsgedanken zur Entwickelung gelangt.

[9]) Daraus ergibt sich zugleich, daß das BGB. weder eine Pupillar- noch eine Quasipupillarsubstitution im Sinne des römischen Rechtes (vgl. Dernburg, Pandekten III §§ 89, 90) kennt.

[10]) Vom Erbvertrag unterscheiden sich diese Verträge wesentlich dadurch, daß sie nicht auf eine erbrechtliche Wirkung, sondern auf die Begründung einer obligatorischen Verpflichtung gerichtet sind (und zwar einer solchen, die nach der Auffassung des Gesetzes gegen die guten Sitten verstößt). Haben die Parteien in Wahrheit einen Erbvertrag gewollt und sich nur im Ausdruck vergriffen, so steht jedoch dieser Umstand der Gültigkeit des in der vorgeschriebenen Form (§ 2276) abgeschlossenen Erbvertrags nicht entgegen.

[11]) Dasselbe muß nach § 344 auch gelten für die Verabredung, durch welche sich der Erblasser für den Fall der Errichtung oder Nichterrichtung, Aufhebung oder Nichtaufhebung einer Verfügung von Todeswegen zu einer Strafleistung verpflichtet. Anders noch RGE. Bd. 19 S. 233 auf Grundlage des gemeinen Rechtes.

Digitized by Google

2. Kapitel.

Das Testament.*)

I. Errichtung des Testaments.

A. Fähigkeit zur Errichtung.

§ 19.

I. Die Fähigkeit zur Testamentserrichtung[1]) läßt sich nicht positiv, sondern nur negativ, d. h. dadurch bestimmen, daß die Personen bezeichnet werden, welchen diese Fähigkeit fehlt. Unfähig zur Testamentserrichtung sind:

1. Personen unter sechzehn Jahren.[2]) Wer das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat,[3]) kann dagegen, obschon in seiner Geschäftsfähigkeit noch beschränkt, ein Testament allerdings errichten.[4]) Der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf er hierzu nicht. Vgl. 2229.

2. Geschäftsunfähige. Als solche kommen wegen der Vorschrift des § 2229 hier nur mehr in Betracht:

a) die wegen Geisteskrankheit Entmündigten (§ 104 Z. 3) und

---

*) Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. (1899). Vgl. auch Eichhorn: Das Testament, Hand- und Musterbuch für letztwillige Verfügungen nach dem BGB. (1899). Jastrow: Formularbuch und Notariatsrecht auf Grund des BGB. 13. Aufl. (1902). Peiser: Handbuch des Testamentsrechts (1902).

[1]) Sie muß zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein und ist nach dem zur Zeit der Errichtung geltenden Rechte zu beurteilen. Vgl. in letzterer Hinsicht Art. 214 Abs. 1 EG. Aber auch die in Art. 215 Abs. 1 EG. enthaltene eigenartige Ausnahme von der Regel und dazu oben S. 7 unter 2b.

[2]) So auch das französische Recht (Art. 903 C. c.). Nach röm. und gem. R. trat die Testierfähigkeit schon mit der pubertas ein, also bei Personen männlichen Geschlechtes mit der Vollendung des 14., bei denen weiblichen Geschlechts mit der Vollendung des 12. Lebensjahres.

[3]) Über die Berechnung des Lebensalters vgl. § 187 Abs 2.

[4]) Schon hier ist jedoch darauf aufmerksam zu machen, daß die testierfähigen Minderjährigen hinsichtlich der Wahl der Testamentsform nach Maßgabe der §§ 2238 Abs. 2, 2247 beschränkt sind (vgl. darüber unten §§ 21, 21a, sodann daß sie solche familienrechtliche letztwillige Anordnungen nicht treffen können, die zur Voraussetzung haben, daß dem Erblasser die unbeschränkte elterliche Gewalt zukommt. Vgl. besonders § 1777 und damit wieder §§ 1676, 1686, 1696.

Digitized by Google

b) solche nicht entmündigte Personen, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden und seiner Natur nach nicht bloß vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden (§ 104 Z. 2).

Im Falle a dauert die Geschäftsunfähigkeit und daher auch die Testierunfähigkeit des Entmündigten, soweit nicht die Vorschriften der §§ 115 und 2230 eingreifen, während der ganzen Dauer der Entmündigung, selbst wenn diese, ohne angefochten worden zu sein, zu Unrecht erfolgt ist, und daher auch in lichten Zwischenräumen. Im Falle b muß der nicht entmündigte Geisteskranke ungeachtet einzelner lichten Zwischenräume für die ganze Zeit, hinsichtlich welcher eine dauernde Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 104 Z. 2 einmal angenommen wird, als geschäftsunfähig und somit auch als testierunfähig behandelt werden.

Mit dem Eintritt voller geistiger Gesundheit hört jedoch die auf § 104 Z. 2 beruhende Geschäftsunfähigkeit und somit auch die Testierunfähigkeit von selbst auf.[5])

3. Die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten.[5a]) Die Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrags[6]) ein,[7]) auf Grund dessen die Entmündigung[8]) erfolgt (§ 2229).

Nichtig ist außerdem die von einem an sich testierfähigen, aber vorübergehend Sinnlosen im Zustande der Bewußtlosigkeit oder

---

[5]) Sachlich ebenso in der 2. Aufl. S. 51, aber in nicht ganz einwandfreier Fassung. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1b z. § 2229.

[5a]) Vgl. aber doch auch § 2253 Abs. 2 und hierzu § 42 d. D.

[6]) Es verdient hervorgehoben zu werden, daß das Gesetz eine analoge Bestimmung für den Fall der Entmündigung wegen Geisteskrankheit nicht enthält. Sie erschien offenbar deshalb als überflüssig, weil in betreff der rechtlichen Beurteilung desjenigen, dessen Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit Erfolg beantragt worden ist, rücksichtlich der Zeit vor der Entmündigung schon durch die Bestimmung der Z. 2 des § 104 vorgesorgt ist. Unzutreffend Endemann § 25 Anm. 26 und Frommhold S. 215; vgl. dagegen auch Planck-Ritgen Erl. 1a z. § 2229.

[7]) Ob es nach § 1906 zur Stellung des zu Entmündigenden unter vorläufige Vormundschaft gekommen war oder nicht, ist gleichgültig.

[8]) Die Stellung einer Person unter die Gebrechlichkeitspflegschaft des § 1910 läßt deren Geschäfts- und Testierfähigkeit unberührt.

Digitized by Google

Störung der Geistestätigkeit errichtete letztwillige Verfügung (§ 105 Abs. 2).

II. Aus dem unter I Gesagten hat sich ergeben, daß entmündigte Personen — gleichviel aus welchem Grunde die Entmündigung erfolgt ist — grundsätzlich testierunfähig sind. Hierbei ist aber doch noch folgendes zu beachten:

1. Wird der die Entmündigung aussprechende Beschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben, so vermag er die Wirksamkeit des von dem Entmündigten inzwischen errichteten Testaments nicht auszuschließen (§ 115).

2. Die Entmündigung steht der Gültigkeit des nach derselben errichteten Testaments auch dann nicht entgegen,[9]) wenn der Entmündigte noch vor dem Eintritte der Unanfechtbarkeit der Entmündigung[10]) stirbt (§ 2230 Abs. 1). Doch ist nicht zu übersehen, daß ein solches Testament wegen der möglicherweise nach Maßgabe von § 104 Z. 2 anzunehmenden Geschäftsunfähigkeit des Erblassers trotzdem nichtig sein kann.

3. Die ausgesprochene Entmündigung des Erblassers ist für die Beurteilung eines Testaments endlich auch dann bedeutungslos, wenn dieses nach der Stellung des Antrags[11]) auf Wiederaufhebung der Entmündigung errichtet und die Entmündigung dem Antrage gemäß wiederaufgehoben worden ist (§ 2230 Abs. 2).[12])

III. Wesentlich verschieden von den unter I hervorgehobenen Fällen wirklicher Testierunfähigkeit sind diejenigen Fälle, in welchen dem Erblasser die Errichtung eines Testaments nur deshalb unmöglich wird, weil ihm keine Testamentsform zur Verfügung steht, die zu beobachten er imstande ist.[13]) Zur Errichtung eines Testaments

---

[9]) Die im Texte unter Z. 2 und 3 besprochenen Vorschriften des § 2230 gelten für alle Fälle der Entmündigung, also auch für die wegen Geisteskrankheit. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2230 gegen Wilke S. 218.

[10]) Vgl. hierzu §§ 664, 684 CPO.

[11]) Die Führung des Beweises, daß der wegen Geisteskrankheit entmündigt Gewesene zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vollständig genesen war, ist aber durch § 2230 Abs. 2 nicht ausgeschlossen. So zutreffend Planck-Ritgen Erl. 3 a. E. zu § 2230.

[12]) Über die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 2230 Abs. 1 und 2 für die Übergangszeit vgl. Art. 215 Abs. 2 EG.

[13]) Die Möglichkeit solcher Fälle hängt wesentlich damit zusammen,

Digitized by Google

unvermögend in diesem Sinne sind nach Maßgabe der §§ 2238, 2247 in Verbindung mit § 2243 Stumme oder aus anderem Grunde am Sprechen verhinderte Personen,

1. dafern sie minderjährig sind; oder
2. dafern sie Geschriebenes nicht lesen können; oder
3. dafern sie nicht schreiben können.

Daß es sich in diesen Fällen nicht um eine echte Testierunfähigkeit handelt, ist übrigens nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch erheblich. Beispiel: Ein Deutscher, der stumm ist und auch Geschriebenes nicht lesen kann, errichtet in einem Lande, nach dessen Rechte eine letztwillige Verfügung auch in Zeichensprache erklärt werden kann, ein Testament. Würde hierbei die Testierfähigkeit des Erblassers in Betracht kommen, so müßte dieselbe vom deutschen Richter nach dem Personalstatut des Erblassers, also nach deutschem Rechte, beurteilt (Art. 7 EG.) und das Testament daher auch als unwirksam behandelt werden, selbst wenn es den Formvorschriften des am Errichtungsorte geltenden Rechtes entspricht. Handelt es sich dagegen lediglich um die Frage, ob das Testament formgerecht errichtet worden ist, so hat der deutsche Richter das Testament als gültig zu behandeln, dafern nur den Anforderungen des am Orte der Testamentserrichtung geltenden Rechtes entsprochen worden ist. Vgl. Art. 11 EG.

IV. Die Gestaltung des ehelichen Güterrechtes führt eine Beschränkung der Testierfähigkeit der Ehegatten überhaupt und der Ehefrau insbesondere nicht herbei.[14]) Eine scheinbare Abweichung hiervon tritt nur in Ansehung der in den §§ 1511 bis 1515 bezeichneten und auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft sich beziehenden letztwilligen Verfügungen ein. Zu ihrer Wirksamkeit ist, dafern sie nicht von beiden Ehegatten gemeinschaftlich getroffen worden sind, nach § 1516 außer der Verfügung des einen Ehegatten auch noch die in der vorgeschriebenen Form (§ 1516 Abs. 2) erteilte Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich. Dies beruht aber nicht

daß das Gesetz eine Testamentserrichtung durch Erklärung in Zeichensprache nicht zuläßt.

[14]) Wenn § 1395 bestimmt, daß die Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes bedarf, so bezieht sich dies nur auf Verfügungen im technischen S. und somit nicht auf letztwillige oder erbvertragsmäßige Verfügungen.

Digitized by Google

auf einer Beschränkung der Testierfähigkeit, sondern auf der rechtlichen Natur der fortgesetzten Gütergemeinschaft, deren Eintritt zur Folge hat, daß der Anteil des vorverstorbenen Ehegatten am Gesamtgut zu dessen Nachlaß nicht gehört (§ 1483 Abs. 1).

B. Form.*)

1. Im allgemeinen.

§ 20.

I. Daß die Errichtung des Testaments an eine Form gebunden werden muß, unterliegt keinem Zweifel. Selbst dem Laien wird hier der praktische Wert der Form sofort einleuchtend. Durch die Testamentsform soll die erforderliche Bürgschaft dafür geschaffen werden, daß die vorliegende Erklärung des Erblassers[1]) nicht einen bloßen

*) Tränkner, Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem BGB. im sächsischen Archiv Bd. 7 S. 321 ff., 345 ff. Brock in Zschr. d. D. Notarver. 1901 S. 349. Dorst, Die notarielle Urkunde (1902).

[1]) Die Vorschriften des BGB. über Willenserklärungen haben in jüngster Zeit zu einer tieferen Untersuchung des Wesens der juristischen Willenserklärung geführt. Hellmann, Vorträge über das BGB., Allgemeiner Teil (1897) S. 59 ff. und noch eingehender in Iherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 413 ff., und, in teilweisem Anschluß an Hellmann, Binder, Die Rechtsstellung der Erben S. 86 ff., unterscheiden innerhalb des rechtsgeschäftlichen Handelns zwischen Willenserklärungen einerseits und Willensverwirklichungen (Hellmann) oder unmittelbaren Willensäußerungen andererseits. [In ähnlicher Weise unterscheidet neuestens Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte (1901) S. 76 zwischen „Erklärungsgeschäften" und „Willensgeschäften".] Der wesentliche Unterschied wird darin gefunden, daß die Willenserklärung den Zweck habe, anderen den Willen des Erklärenden klar zu machen, während die Willensverwirklichung (z. B. die Dereliktion beweglicher Sachen nach § 959) auf Herbeiführung eines durch Abgabe einer Willenserklärung nicht vermittelten und insoweit also unmittelbar eintretenden rechtlichen Effektes gerichtet sei. Der Verfasser dieses Buches hält die angegebene Unterscheidung [vgl. aber auch Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts (1899) S. 48 ff.] grundsätzlich für richtig, vermag den genannten Schriftstellern aber nicht zuzugeben, daß die letztwillige Verfügung und desgl. das Stiftungsgeschäft unter Lebenden (§ 81) nicht unter die Willenserklärungen, sondern unter die Willensverwirklichungen bzw. unmittelbaren Willensäußerungen einzureihen sei. Zur Rechtfertigung dieser Auffassung (die von Manigk übrigens nicht geteilt wird) berufen sich Hellmann und Binder darauf, daß der Erblasser seine letztwillige Anordnung keinem Beteiligten gegenüber zu erklären habe. Allein dies ist nicht durchschlagend. Letztwillige Verfügungen (und dasselbe gilt für das

Digitized by Google

Entwurf oder vorübergehenden Einfall, sondern einen ernsten und gesammelten Entschluß enthalte.[2]) Erst durch die Beobachtung einer Form hebt sich das Testament als Rechtsgeschäft von dem rechtlich bedeutungslosen Selbstgespräch ab. Andererseits darf die Testamentsform auch nicht zu streng sein; denn sonst läuft man Gefahr, einem ganz zweifellosen Willen des Erblassers wegen Versäumung von Formerfordernissen nicht gerecht werden zu können. Die richtige Bestimmung der Testamentsform ist deshalb nicht leicht. Neben der wichtigen Frage der Kosten der Testamentserrichtung kommt dabei insbesondere auch die bereits erfolgte Gewöhnung an bestimmte Formen in Betracht.

Die Entwürfe I und II und die Reichstagsvorlage entschieden sich im Anschluß an das im weitaus größeren Teile des Reiches bereits geltende Recht übereinstimmend dahin, daß ein Testament in ordentlicher Form nur vor einem Richter oder einem Notar errichtet werden kann. Hiergegen wurde jedoch in der Reichstagskommission[3]) geltend gemacht, daß die in den romanischen Ländern und in Österreich anerkannte Form des eigenhändigen (holographen) Testaments[4])

Stiftungsgeschäft unter Lebenden) werden vom Erblasser gerade deshalb getroffen, auf daß sie von allen bei der Regulierung des Nachlasses beteiligten und mit ihr befaßten Personen als von ihm erklärte entsprechend berücksichtigt werden. Obschon die letztwillige Verfügung nicht eine Erklärung einer bestimmten Person gegenüber ist, so kommt ihr doch vermöge ihrer Form die Bedeutung einer Erklärung an alle zu, die bei der Nachlaßregulierung interessiert sind oder den Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen haben. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der letztwilligen Verfügung diejenige Wirkung, welche sie mit dem Tode des Erblassers überhaupt haben kann, selbst dann zukommt, wenn sie niemandem zur Kenntnis gelangt ist. Denn praktisch ist diese Wirkung doch nur dann vorhanden, wenn die Verfügung nicht unbekannt geblieben ist. Darauf aber, daß sie zur rechten Zeit zur Kenntnis derjenigen gelangt, welche sie angeht, ist die Absicht des letztwillig Verfügenden notwendigerweise immer gerichtet. Vgl. auch Hölder, Komment. S. 290. Daß die hier vertretene Auffassung mit dem Sprachgebrauch des Gesetzes übereinstimmt, ergibt sich am deutlichsten aus § 2231 (vgl. das Wort „Erklärung" a. E.).

[2]) So schon Ulpiani frag. 20. 1: testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valeat.

[3]) Vgl. den Bericht derselben S. 16.

[4]) Für die Geschichte des holographen Testaments sind folgende Tatsachen bemerkenswert. Es war im weströmischen Reiche kurz vor dessen Zusammenbruch durch eine für das Justinianische Recht bedeutungslos gebliebene

Digitized by Google

auch in manchen Teilen Deutschlands (nämlich in Baden, in der bayrischen Pfalz sowie im Gebiete des rheinischen Rechtes) fest eingebürgert sei, und daß jedenfalls kein Grund vorliege, die Wohltat dieser durch Bequemlichkeit und Billigkeit sich auszeichnenden Testamentsform denjenigen, welche sich bereits im rechtlichen Genuß derselben befinden, zu entziehen; auch werde die Zulassung der eigenhändigen Form, die übrigens nur neben die gerichtliche oder notarielle Form treten und somit niemandem aufgedrängt werden solle, zweifellos den kleinen Leuten zu statten kommen und überhaupt den Vorteil bieten, daß die Erblasser ihren Absichten leichter die Verwirklichung sichern können, als wenn sie lediglich auf die strengeren und schwerfälligeren Formen des gerichtlichen oder notariellen Testaments angewiesen wären. Diese Auffassung, der sich der Reichstag angeschlossen hat, ist im BGB. (§ 2231) zum Siege gelangt.[5]) Darnach kann ein Testament in ordentlicher Form errichtet werden:

1. Als öffentliches Testament vor einem Richter oder Notar. Zufolge des im Art. 141 EG. gemachten Vorbehaltes kann übrigens landesgesetzlich bestimmt werden, daß zur Mitwirkung bei Errichtung eines öffentlichen Testaments im Sinne des § 2231 Z. 1 entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind.[6])

2. Als Privattestament durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung.

Unter gewissen Voraussetzungen gestattet das BGB. auch den

Novelle Valentinians III. aus dem Jahre 446 eingeführt worden (vgl. Bachofen, Ausgewählte Lehren, S. 310, 311). Unabhängig hiervon hat es im Mittelalter in den pays de droit coutumier und in mehreren österreichischen Landen gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt und sodann immer weitere Verbreitung gefunden. Genaueres hierüber bei Pfaff-Hofmann Komment. II S. 141 ff.

[5]) Als erfreuliche Konsequenz hiervon kann die Streichung der wenig befriedigenden Bestimmung des § 2224 und des § 2227 Satz 3 der Reichtagsvorlage bezeichnet werden.

[6]) Für Bayern (vgl. Becher I Ges. Nr. 7 Art. 167 I, Ges. Nr. 10 Art. 1), Württemberg (Becher II Ges. Nr. 1 Art. 105), Baden (Becher I, Ges. Nr. 10 § 35) ist auf Grund des im Texte bezeichneten Vorbehalts die ausschließliche Zuständigkeit der Notare ausgesprochen worden. In Preußen (Becher II Ges. Nr. 2 § 31) und Sachsen (Becher Erg. Bd. Ges. Nr. 10 § 37) sind Amtsgerichte und Notare gleichmäßig zuständig.

Digitized by Google

Gebrauch außerordentlicher Testamentsformen, die sämtlich miteinander gemein haben, daß sie hinter den bei der Testamentserrichtung vor einem Richter oder Notar zu beobachtenden Förmlichkeiten an Strenge zurückbleiben. Mit Rücksicht auf die Zulassung der eigenhändigen Form ist jedoch die Bedeutung der außerordentlichen Testamentsformen keine sehr erhebliche. Abgesehen hiervon ergeben sich auch noch weitere Testamentsformen nach den später zu bezeichnenden und neben dem BGB. maßgebenden Reichs- und Landesgesetzen (vgl. darüber unten § 22a d. Darstellung).

II. Fremd ist dem BGB.[7]) das Mißgebilde des sogenannten testamentum mysticum im Sinne des römischen und gemeinen Rechtes. Seine Eigentümlichkeit besteht darin, daß der Erblasser durch die in seinem formgerechten Testament enthaltene einfache Verweisung auf eine andere, früher oder später[8]) errichtete und an eine bestimmte Form nicht gebundene Urkunde den in dieser getroffenen letztwilligen Anordnungen ohne weiteres Wirksamkeit verleihen kann. Die Möglichkeit einer im Testament ausgesprochenen Verweisung auf eine andere Urkunde ist dem Erblasser freilich auch durch das BGB. nicht verschlossen; allein den in der letzteren enthaltenen Verfügungen von Todeswegen kann, soweit sie nicht in dem testamentum referens wiederholt sind, Wirksamkeit nur zukommen, wenn das instrumentum relatum nach allen Richtungen hin den vom Gesetz an ein Testament oder einen Erbvertrag gestellten Anforderungen entspricht.

2. Die ordentlichen Testamentsformen.

a) Errichtung vor einem Richter oder Notar.

§ 21.

Die Form der Errichtung eines Testaments vor einem Richter

---

[7]) Auch das sogenannte Oralfideikommiß (vgl. hierüber Dernburg Pand. III § 75) hat im BGB. mit Recht keine Anerkennung gefunden.

[8]) Die ältere gemeinrechtliche Theorie und Praxis sprach dem Erblasser insbesondere auch die Befugnis zu, sich in seinem Testament die Ergänzung des letzteren durch formlose „Nachzettel" vorzubehalten und im Anhang 35 z. § 163 I, 12 preuß. LR. war die Möglichkeit eines solchen Vorbehalts ausdrücklich anerkannt. Nach dem BGB. sind formlose Nachzettel unter allen Umständen bedeutungslos.

Digitized by Google

oder einem Notar wird in den §§ 2233 bis 2246[1]) genauer bestimmt.[2])

I. Die Errichtung des gerichtlichen Testaments findet nicht[3]) vor einem Richterkollegium statt, sondern vor einem Einzelrichter, der, soweit nicht die Ausnahme des § 167 GVG. eingreift, demjenigen Amtsgerichte angehören muß,[4]) zu dessen Bezirk der Errichtungsort gehört (§ 167 FGbG. und § 22 GVG.). Nach der Ausnahmebestimmung des § 167 GVG. darf ein Gericht Amtshandlungen außerhalb seines Bezirks ohne Zustimmung des Amtsgerichtes des Ortes vornehmen, wenn Gefahr im Verzug obwaltet,[5]) und nach § 2 FGbG. findet diese Vorschrift auch auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und somit auch auf die Mit-

---

[1]) Vgl. aber auch die §§ 169 bis 182 FGbG. Sie gelten (vgl. § 168 d. Ges.) freilich unbeschadet der Vorschriften des BGB. über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen. Soweit sie aber einen Punkt regeln, den das BGB. ungeregelt gelassen hat, sind auch sie für Testamente und Erbverträge maßgebend; so verhält es sich insbesondere mit der Sollvorschrift des Abs. 3 von § 176 und mit der auf die Protokollausfertigung sich beziehenden Bestimmung des § 182 d. gen. Ges.

[2]) Durch die im Texte berufenen Bestimmungen des BGB. werden übrigens die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden nicht berührt. Ein Verstoß gegen eine solche Vorschrift ist jedoch, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Verfügung von Todeswegen. Vgl. Art. 151 EG. Ist auf Grund des im Art. 141 EG. enthaltenen Vorbehalts landesgesetzlich bestimmt worden, daß ein öffentliches Testament in ordentlicher Form nur gerichtlich oder nur vor einem Notar errichtet werden kann, so fehlt im ersten Falle den Notaren und im zweiten Falle den Gerichten die sachliche Zuständigkeit zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung. Wird aber ein Testament dort trotzdem vor einem Notar und hier trotzdem vor einem Richter errichtet, so ist damit den an die Form eines öffentlichen Testaments im Sinne des § 2231 Z. 1 gestellten Anforderungen eben nicht entsprochen.

[3]) Eine Ausnahme hiervon kann jedoch nach Maßgabe der Art. 57, 58 EG. für die Mitglieder der landesherrlichen Familien und der Familien des hohen Adels eintreten.

[4]) Wer als solcher Einzelrichter (Amtsrichter) zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung berufen ist, bestimmt sich nach Landesrecht. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2231.

[5]) Nach § 167 Satz 2 GVG. ist in diesem Falle dem Amtsgericht des Ortes Anzeige zu erstatten.

Digitized by Google

wirkung des Richters bei der Testamentserrichtung[6]) Anwendung.[7]) Nimmt der angerufene Richter die Voraussetzung des § 167 GVG. an, obschon sie in Wahrheit nicht gegeben ist, so wird die Gültigkeit des Testamentes hierdurch nicht berührt. Daß der Erblasser am Errichtungsort seinen Wohnsitz habe, ist nicht erforderlich.[8])

In betreff der örtlichen Zuständigkeit eines Notars zur Vornahme notarieller Akte bestehen reichsgesetzliche Vorschriften zur Zeit noch nicht.[9])

II. Zur Errichtung eines gerichtlichen Testaments muß der Richter[10]) einen Gerichtsschreiber[11]) oder zwei Zeugen[12]) und zu der eines notariellen Testaments muß der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen (§ 2233).

Als Aktsperson (Richter, beurkundender Notar, Gerichtsschreiber, zweiter Notar oder Zeuge) kann nicht mitwirken:

---

[6]) Nichtigkeit des Testaments wird jedoch von manchen dann angenommen, wenn der nach Maßgabe von § 167 GVG. tätig werdende Richter die Grenzen des Bundesstaates überschritten hat, von dem er ernannt ist. Für diese Entscheidung ist jedoch weder im § 167 GVG. noch anderwärts ein positiver Anhalt zu gewinnen. Zweifelnd Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2231.

[7]) Wesentlich anders müßte dagegen der Fall beurteilt werden, wenn ein seine Urlaubszeit im Harz verbringender Amtsrichter etwa aus Berlin an dem Orte seines Aufenthalts bei der Errichtung eines Testaments als Richter mitwirken wollte. Hier würde ein Formmangel aus dem Grunde vorliegen, weil dem Berliner Amtsrichter bei der vorausgesetzten Sachlage die im § 2231 BGB. in Verbindung mit § 167 FGbG. und § 167 GVG. geforderte Richtereigenschaft fehlt.

[8]) Ebensowenig ist vorgeschrieben, daß die Errichtung des Testaments geradezu an der Gerichtsstelle erfolge.

[9]) Wohl zu beachten ist jedoch, daß, soweit nicht durch Rechtshülfevertrag etwas anderes bestimmt ist, ein Notar von der Vornahme der ihm als solchem zukommenden Befugnisse außerhalb des Bundesstaates, für den er bestellt ist, jedenfalls ausgeschlossen ist. Denn der nur für ein bestimmtes Gebiet ernannte Notar steht in einem Gebiet, für das er nicht ernannt ist, einem Nichtnotar gleich.

[10]) Rogierung der Zeugen durch den Erblasser selbst ist weder genügend noch erforderlich.

[11]) Vgl. hierzu § 154 GVG. und § 169 FGbG.

[12]) Durch das BGB. unberührt bleiben diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Richter bei der Errichtung einer Verfügung von Todeswegen an Stelle des Gerichtsschreibers oder der zwei Zeugen eine besonders bestellte Urkundsperson zuziehen kann (Art. 149 EG.).

Digitized by Google

1. der Ehegatte[13]) des Erblassers, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;

2. wer mit dem Erblasser in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt[14]) oder verschwägert[15]) ist (§ 2234).

Als Gerichtsschreiber, zweiter Notar oder Zeuge kann nicht mitwirken, wer zu dem Richter oder dem beurkundenden Notar in einem der soeben unter Z. 1 und 2 bezeichneten Verhältnisse steht (§ 2236). Nichtig ist ferner[16]) die an eine Aktsperson oder an eine mit einer solchen in einem der unter Z. 1 und 2 bezeichneten Verhältnisse stehende Person[17]) gemachte Zuwendung (§ 2235).

Nur Ordnungs-(Soll-)Vorschriften, deren Beobachtung für die Giltigkeit des Testaments nicht entscheidend ist, enthält § 2237. Darnach soll bei der Errichtung des Testaments als Zeuge nicht mitwirken:

1. ein Minderjähriger;[18])

2. wer der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt ist, während der Zeit, für welche die Aberkennung der Ehrenrechte erfolgt ist;[19])

---

[13]) Nicht ausgeschlossen ist der Verlobte des Erblassers.

[14]) In betreff des durch Annahme an Kindesstatt geschaffenen Verhältnisses vgl. §§ 1757, 1762, 1763, in betreff unehelicher Kinder § 1589 Abs. 2 und § 1705 und in betreff der für ehelich erklärten Kinder §§ 1736, 1737.

[15]) Vgl. hierzu §§ 1590, 1737, 1763.

[16]) Entwurf II enthielt in seinem § 2101 noch die weitere Bestimmung, daß auch die im Testament enthaltene Ernennung einer Aktsperson oder einer mit einer solchen in naher Beziehung stehenden Person als Testamentsvollstrecker nichtig sein solle. Das ist später gestrichen worden. In der Aussetzung einer Vergütung für den ernannten Testamentsvollstrecker kann eine Zuwendung im Sinne des § 2235 nur insoweit erblickt werden, als sie sich wegen ihrer unverhältnismäßigen Höhe in Wahrheit als Gewährung eines Vermächtnisses darstellt.

[17]) Die Wirksamkeit der im Testament sonst noch enthaltenen Anordnungen wird durch die Mitwirkung der im Texte bezeichneten Personen grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Vgl. aber doch auch § 2085.

[18]) Durch die Sollvorschrift des Textes sind nicht mitgetroffen die in § 114 bezeichneten Personen und auch nicht der für volljährig Erklärte.

[19]) Hierin liegt eine Abänderung von § 34 Z. 5 StGB.; denn nach § 2237 BGB. tritt nicht mehr die im StGB. bestimmte „Unfähigkeit" zur Testamentszeugenschaft ein.

Digitized by Google

3. wer nach den Vorschriften der Strafgesetze[20]) unfähig ist, als Zeuge eidlich vernommen zu werden.[21])

4. wer als Gesinde oder Gehülfe im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars steht.[22])

Frauen sind, wie ausdrücklich hervorgehoben zu werden verdient, vom Testamentszeugnis nicht ausgeschlossen.

In betreff der Anforderungen, die an die Tauglichkeit der Testamentszeugen zur Wahrnehmung dessen, was sie als von ihnen wahrgenommen durch ihre Unterschrift bezeugen sollen, zu stellen sind, enthält sich das Gesetz mit Absicht jeder Bestimmung. Bei der Beratung des BGB. ist als selbstverständlich angenommen worden,[23]) daß, wer wegen mangelnder Altersreife, wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen, wegen Sprachunkenntnis die erforderlichen Wahrnehmungen zu machen außer stande ist, bei der Errichtung eines Testaments als Zeuge nicht mitwirken kann. Die freie Entscheidung hierüber wollte aber nicht durch steife Vorschriften verschränkt werden.[24])

---

[20]) Neben dem Reichsstrafrecht kann auch Landesstrafrecht in Betracht kommen.

[21]) Vgl. § 161 StGB. („Bei jeder Verurteilung wegen Meineides, mit Ausnahme der Fälle in den §§ 157 und 158, ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und außerdem auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen.") Nach Maßgabe dieser Bestimmung in Verbindung mit § 34 Z. 5 StGB. würden die bezeichneten Personen wegen des ausgesprochenen Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte während der im Urteil bestimmten Zeit zum Testamentszeugnis „unfähig" sein. Hiervon weicht die Normierung des § 2237 Nr. 3 in dreifacher Beziehung ab. 1. Die in § 161 bezeichneten Personen sollen zwar nicht als Testamentszeugen zugezogen werden, sie sind aber zur Testamentszeugenschaft nicht unfähig. 2. Das im § 2237 Nr. 3 ausgesprochene Verbot knüpft sich nicht an die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, sondern an die Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge eidlich vernommen zu werden. 3. Die im Strafurteil bestimmte Zeit, für welche auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt ist, ist für das Verbot des § 2237 Nr. 3 nicht maßgebend.

[22]) Durch die Vorschrift des Textes ist nicht getroffen, wer als Gesinde oder Gehülfe im Dienste des Erblassers steht.

[23]) Vgl. Motive V S. 269.

[24]) Doch ist durch Abs. 3 von § 2242 jedenfalls demjenigen die Tauglichkeit zum Testamentszeugnis abgesprochen, der nicht in der Lage ist, das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll zu unterschreiben.

Digitized by Google

Die Aktspersonen[25]) müssen nicht nur bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der aufgenommenen Urkunde (§ 174 Ges. über die freiw. Gerichtsb.), sondern auch während der ganzen Verhandlung[26]) zugegen sein (§ 2239).

---

[25]) Dieser im Gesetz nicht vorkommende Ausdruck will diejenigen Personen treffen, welche § 2239 als die bei der Errichtung des Testaments „mitwirkenden Personen" bezeichnet. Zu ihnen ist der Erblasser selbst nicht zu rechnen (vgl. § 2241 Nr. 2); daß aber dieser nicht nur bei der von ihm vorzunehmenden Genehmigung und Unterfertigung, sondern auch bei der Vorlesung des Protokolls anwesend sein muß, ergibt sich aus § 2242.

[26]) In der 360. Sitzung der zweiten Kommission ist die begründete Erwartung ausgesprochen worden, daß die Rechtsprechung in einer kurzen, durch notwendige Bedürfnisse veranlaßten Entfernung einer der mitwirkenden Personen, während welcher ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung nicht stattgefunden hat, eine Verletzung des Gesetzes nicht erblicken werde (Protokolle V S. 332). Es ist übrigens auch darüber noch hinauszugehen und geradezu zu sagen, daß das BGB. die unitas actus im Sinne des röm. und gem. R. (vgl. besonders l. 21 § 3 D. 28. 1: uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere, aber doch auch die das Erfordernis wieder wesentlich einschränkende l. 28 C 6. 23; vgl. ferner § 7 RNO. von 1512) als Erfordernis gültiger Testamentserrichtung nicht mehr festhält. Ein Testament ist also keineswegs schon deshalb nichtig, weil die Verhandlung nicht uno contextu zu Ende geführt, sondern, nachdem sie begonnen, auf einige Zeit (man denke an eine Ruhepause, an die Abberufung des Erblassers oder eines Mitwirkenden in dringender Angelegenheit, an ein vorübergehendes Unwohlsein und dgl.) unterbrochen und erst dann wieder aufgenommen worden ist. Zu beachten sind aber zwei Punkte: 1. Die bloße Fortsetzung der unterbrochenen Verhandlung muß dann als unzulässig betrachtet werden, wenn die Unterbrechung so lange gedauert hat, daß ein Forthaften des vor der Unterbrechung Verhandelten im Gedächtnis des Erblassers und der mitwirkenden Personen nicht mehr erwartet werden kann. 2. An Stelle der bei der ersten Verhandlung mitwirkenden Personen dürfen bei der Fortsetzung nicht andere Personen treten. Anders freilich l. 28 § 1 C. 6. 23, nach der an Stelle eines während der Verhandlung weggefallenen Zeugen ein anderer Zeuge eintreten kann. Eine dem entsprechende Vorschrift hat das BGB. mit Recht nicht aufgenommen; in einem Falle solcher Art müßte daher die Verhandlung nach Zuziehung des neuen Zeugen von neuem beginnen. Vgl. zu dem bisher Gesagten Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2239. Wesentlich verschieden von der Wiederaufnahme einer auf einige Zeit abgebrochenen Testamentsverhandlung ist übrigens der Fall, daß der Erblasser nach vollständiger Beendigung einer Testamentsverhandlung in Ergänzung des bei dieser Verfügten später eine neuerliche Verfügung vor einem Richter oder Notar trifft. Das über den ersteren Fall Bemerkte gilt daher nicht für den

Digitized by Google

III. Die Errichtung des Testaments vor Gericht oder Notar kann entweder durch mündliche Erklärung[27]) zu Protokoll oder durch Übergabe einer, sei es vom Erblasser, sei es von einer anderen Person[28]) geschriebenen, oder wohl auch mittels Schreibmaschine oder durch Druck hergestellten offenen oder verschlossenen Schrift[29]) erfolgen,[29a]) hinsichtlich deren der Erblasser in aller Regel mündlich[30]) und nur in dem Ausnahmefall des § 2243 schriftlich erklärt, daß sie seinen letzten Willen enthalte. Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann sich nur der ersteren, und wer nach der Überzeugung des Richters, Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, nur der letzteren Form bedienen. Vgl. §§ 2238, 2243.

In betreff des von einem Blinden,[31]) einem Tauben[32]) oder einem Taubstummen[33]) zu errichtenden Testaments enthält das BGB. besondere Vorschriften nicht.

---

letzteren. Über weitere Fragen vgl. Lauff im Recht 1901 S. 302, Loeffler in Zschr. d. D. Notarver. 1901 S. 417 und Werner daselbst S. 420.

[27]) Hierbei — und dasselbe gilt rücksichtlich der später erwähnten auf die übergebene Schrift sich beziehenden Erklärung — wird Abgabe der Erklärung in deutscher Sprache vorausgesetzt (vgl. § 8 FGbG. und § 186 GVG).

[28]) Hinsichtlich des Falles, daß eine solche Schrift eine Verfügung zu Gunsten des Schreibers derselben selbst (oder einer demselben nahestehenden Person) enthält, trifft das BGB. eine besondere Vorsorge nicht, oder m. a. W. die Vorschriften des S. C. Libonianum sind in das Gesetzbuch nicht aufgenommen worden.

[29]) Mit Unterschrift oder Orts- und Zeitdatum braucht das Schriftstück nicht versehen und seine Sprache braucht auch nicht die deutsche zu sein. Von wesentlicher Bedeutung ist aber, daß der Erblasser die in der überreichten Schrift verwendeten Typen zu lesen vermag. Auch wird gefordert werden müssen, daß der Erblasser diejenige Sprache, in welcher die Schrift abgefaßt ist, versteht. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2238.

[29a]) Durch das Gesetz nicht ausgeschlossen ist, daß der Erblasser einige seiner Verfügungen mündlich zu Protokoll erklärt, in betreff anderer dagegen ein Schriftstück in Verbindung mit der im Texte erwähnten Erklärung übergibt.

[30]) Abgabe dieser Erklärung in Zeichensprache, sei es mit, sei es ohne Zuziehung einer Vertrauensperson, ist ausgeschlossen.

[31]) Doch werden Blinde in aller Regel zu denjenigen zu rechnen sein, welche Geschriebenes nicht lesen können. Vgl. § 2238 Abs. 2. Die Voraussetzung dieser Vorschrift entfällt jedoch, wenn die übergebene Schrift in sog. Blindenschrift hergestellt ist und der blinde Erblasser diese Schrift lesen kann. So auch Planck-Ritgen Erl. 5bβ z. § 2238.

[32]) Vgl. dazu Anm. 40.

[33]) Der des Schreibens fähige Taubstumme kann selbstverständlich ein

Digitized by Google

IV. Über die Errichtung des Testaments muß ein Protokoll und zwar abgesehen von dem Falle des § 2245 (vgl. weiter unten) in deutscher Sprache aufgenommen werden (§ 2240). Es muß enthalten:[34])

1. Ort und Tag der Verhandlung;[35])

2. die Bezeichnung[36]) des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen;[37])

3. die nach § 2238 (vgl. oben III) erforderlichen Erklärungen

---

eigenhändiges Testament errichten. Im übrigen kommt es darauf an, ob er nach der Überzeugung des Richters oder Notars am Sprechen verhindert ist oder nicht. Ersterenfalls kann der Taubstumme nach § 2243 testieren. Gewinnt der Richter oder Notar dagegen die Überzeugung, daß der „Taubstumme" des lautrichtigen Sprechens fähig ist, so kann dieser nach Maßgabe des § 2238 sowohl durch mündliche Erklärung als auch durch Übergabe einer Schrift mit beigefügter mündlicher Erklärung (also ohne Beobachtung der Vorschrift des § 2243) testieren.

[34]) Vgl. übrigens auch § 176 FGbG. und dazu oben Anm. 1.

[35]) Die sich hierauf beziehenden Angaben haben den Charakter des Zeugnisses und sollen daher wahrheitsgemäß erfolgen. Die Unrichtigkeit dieser Angaben hat jedoch die Nichtigkeit des Testaments nicht zur Folge. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1. z. § 2241, anders (d. h. für Nichtigkeit) Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 465 und Herzfelder S. 502. Bei der prinzipiellen Beurteilung der ganzen Frage dürfen die Vorschriften der §§ 2242 Abs. 2, 2244 Abs. Satz 1, 2249 Abs. 2 (!) nicht außer acht gelassen werden.

[36]) Es ist bemerkenswert, daß hier nur die Bezeichnung (und nicht, wie im § 1919 des Entwurfs I. Lesung die Angabe des Namens) des Erblassers und der mitwirkenden Personen verlangt wird. Ist die Bezeichnung daher auch nur so beschaffen, daß die Identität festgestellt werden kann, so ist dem Erfordernis genügt, selbst wenn die gewählte Bezeichnung die Angabe des wirklichen Namens der zu bezeichnenden Person nicht enthält. Beispiele: Im Falle eines matrimonium non existens wird der Scheinehegattin im Protokoll der ihr nicht zukommende Familienname ihres Quasi-Ehemanns beigelegt. Oder jemand wird nach seinem Schriftsteller-, Künstlernamen bezeichnet. Die Angabe des Wohnorts der bezeichneten Personen ist nicht erforderlich.

[37]) Vgl. hierzu die wichtige Entscheidung d. RG. vom 18. 11. 1901 Bd. 50 S. 16. Nach dem zu Grunde liegenden Tatbestand waren die mitwirkenden Gerichtspersonen im Texte des Protokolls lediglich als die „unterzeichneten Gerichtspersonen" bezeichnet und ergaben sich diese Personen selbst erst aus den von ihnen vollzogenen Unterschriften, so daß daher auch die Erblasserin die Namen der mitwirkenden Gerichtspersonen durch die Vorlesung des Protokolltextes nicht erfahren konnte. Trotzdem hat sich das RG. — und wohl mit Recht — für die Gültigkeit des Testaments ausgesprochen.

Digitized by Google

des Erblassers und im Falle der Übergabe einer Schrift die Feststellung der Übergabe[38]) (§ 2241).

Das dem Erblasser auf Verlangen[39]) zur Durchsicht vorzulegende Protokoll muß (bei sonstiger Nichtigkeit) vorgelesen,[40]) von dem Erblasser genehmigt und von ihm in aller Regel eigenhändig unterschrieben[40a]) werden. Das Protokoll muß die Feststellung enthalten, daß beides geschehen ist. Erklärt[41]) der Erblasser, nicht schreiben zu können, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt.[42]) Zur Solennität ist endlich noch erforderlich, daß das Protokoll auch von den übrigen mitwirkenden Personen unterschrieben wird;[43]) ihre Unterschrift kann weder durch

---

[38]) Ob die Schrift offen oder verschlossen übergeben worden ist, braucht im Protokoll nicht festgestellt zu werden.

[39]) Ist diesem Verlangen des Erblassers nicht entsprochen worden, so ergibt sich daraus allein noch nicht die Nichtigkeit des Testaments; denn § 2242 sagt nur: „Das Testament soll dem Erblasser auf sein Verlangen zur Durchsicht vorgelegt werden."

[40]) Daß der Erblasser in der Lage gewesen sei, das Vorgelesene zu hören, ist nicht gefordert, ebensowenig, daß der taube Erblasser von dem ihm zustehenden Rechte der Einsichtnahme in das Protokoll Gebrauch gemacht habe, und daß dies im Protokoll festgestellt werde. Man ging hierbei von der Erwägung aus, daß dem tauben Erblasser die Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments selbst dann nicht unmöglich gemacht werden sollte, wenn er nicht lesen kann. Vgl. Motive V S. 275, 276. Im Gegensatz hierzu behauptet Endemann III S. 110: „Der Taube kann ein öffentliches Testament nicht errichten, weil bei ihm das zwingend geforderte Vorlesen und entsprechende Genehmigung des Protokolls undurchführbar (?) ist; er ist auf das eigenhändige Testament zu verweisen." Vgl. dazu auch a. a. O. S. 129 Anm. 23. Wie Endemann auch Frommhold S. 214. Die genannten Schriftsteller übersehen hierbei, daß die Verlesung des Protokolls mit Rücksicht auf die übrigen bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen auch dann einen sehr guten Sinn hat, wenn der Erblasser selbst das Vorgelesene nicht hören kann. Vgl. übrigens auch die §§ 169, 177 FGbG. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 4b z. § 2243.

[40a]) Vgl. hierzu auch § 21a II Z. 8.

[41]) Daß diese Erklärung auch der Wahrheit entspreche, ist nicht gefordert.

[42]) Die Beisetzung eines Handzeichens von seiten des schreibunfähigen Erblassers ist hiernach weder genügend noch erforderlich. Vgl. übrigens auch § 177 Abs. 2 Satz 1 FGbG.

[43]) Muß der Erblasser zur Zeit der Vollziehung dieser Unterschrift noch leben und ist das Wirksamwerden des Testaments ausgeschlossen, wenn der Erblasser vor jener Vollziehung in den Zustand der Bewußtlosigkeit verfällt?

Digitized by Google

einen Vermerk im Protokoll noch durch Beifügung eines Handzeichens ersetzt werden. Vgl. § 2242.

Ist der Erblasser nach der Überzeugung des Richters oder des Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert, so muß er die Erklärung, daß die von ihm übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig in das Protokoll oder auf ein besonderes dem Protokoll als Anlage beigefügtes Blatt[44]) schreiben. Daß dies geschehen ist, sowie die Überzeugung des Richters, Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, muß im Protokoll, dessen besondere Genehmigung durch den Erblasser hier entbehrlich ist, festgestellt werden. Die Verlesung des Protokolls und dessen Unterzeichnung durch den Erblasser und durch die mitwirkenden Personen darf auch in diesem Falle nicht unterbleiben. Vgl. § 2243.[45])

V. Erklärt der Erblasser, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein,[46]) so muß zur Errichtung des Testaments in aller Regel ein vereideter Dolmetscher,[47]) auf den die für den Testamentszeugen

---

Die Ansichten sind geteilt. Die Protokolle V S. 274 und mehrere Schriftsteller (Cosack II § 354 bei Anm. 4 und Maerker S. 97) bejahen die Frage. Planck-Ritgen Erl. 4 c z. § 2242 und die daselbst Zitierten entscheiden sich mit Recht für die Verneinung. Maßgebend ist, daß das Gesetz unter den bei der Errichtung des Testaments „mitwirkenden Personen" nur die Aktsperson, nicht auch den Erblasser versteht (vgl. §§ 2239, 2242 Abs. 3). Hieraus ist zunächst der Schluß zu ziehen, daß der Erblasser bei der Vollziehung dieser Unterschriften nicht anwesend zu sein braucht; ist aber die Anwesenheit des Erblassers entbehrlich, so braucht er zur angegebenen Zeit auch nicht bei Bewußtsein zu sein und (in diesem Punkte jedoch abweichend Herzfelder S. 502) auch nicht mehr zu leben. Selbstverständlich ist jedoch, daß die Unterschriften der mitwirkenden Personen vor dem Schlusse der Verhandlung vollzogen werden müssen.

44) Obschon mechanische Verbindung dieses Blattes mit dem Protokoll nicht vorgeschrieben ist, so bildet es doch juristisch einen Teil des Protokolls und ist daher als solcher vorzulesen. Nicht zu verlesen ist dagegen das den letzten Willen enthaltende und übergebene Schriftstück.

45) Die teilweise abweichende Vorschrift des § 178 FGbG. findet keine Anwendung.

46) Ob diese Erklärung der Wahrheit entspricht, ist für die Gültigkeit des Testaments gleichgültig. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2244. Über die hiervon wesentlich verschiedene Frage, ob der Richter, Notar die Erklärung zu Protokoll nehmen darf, wenn er von ihrer Unrichtigkeit überzeugt ist, vgl. Rechtsspr. d. OLG. Bd. 1 S. 409.

47) In betreff der Art der Beeidigung des Dolmetschers sind die landes-

Digitized by Google

geltenden Vorschriften der §§ 2234 bis 2237 entsprechende Anwendung zu finden haben, zugezogen werden. Nach der Auffassung des Gesetzes ist hier der Dolmetscher das Organ, durch welches der Erblasser zu den übrigen mitwirkenden Personen redet, so daß diese das vom Dolmetscher in deutscher Sprache als Wille des Erblassers Erklärte als von dem letzteren erklärt ansehen dürfen. Daraus ergibt sich zugleich, daß der Dolmetscher zu den mitwirkenden Personen im Sinne des § 2239 und des § 2242 Abs. 3 nicht gehört. Seine Anwesenheit ist daher auch nur soweit erforderlich, als sie durch die ihm zugewiesene Tätigkeit bedingt ist.[48])

Von dem in deutscher Sprache aufzunehmenden Protokoll muß eine vom Dolmetscher entweder selbst anzufertigende oder von ihm doch zu beglaubigende Übersetzung in die Sprache, in welcher sich der Erblasser erklärt, hergestellt werden. Sie muß sodann vom Dolmetscher vorgelesen und dem Protokoll als Anlage beigefügt werden.[49]). Das Protokoll muß die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie den Namen des Dolmetschers[50]) und die Feststellung enthalten, daß der Dolmetscher die Übersetzung angefertigt oder beglaubigt und sie vorgelesen habe. Zu den sonstigen nach § 2242 sich bestimmenden Erfordernissen[51]) kommt endlich noch hinzu, daß das Protokoll auch vom Dolmetscher[52]) unterschrieben werden muß. Vgl. § 2244.

Nur wenn sämtliche mitwirkende Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in welcher der Erblasser sich erklärt, mächtig sind,

---

gesetzlichen Vorschriften maßgebend. Die Feststellung, daß und wie der Dolmetscher beeidigt worden ist, braucht im Protokoll nicht enthalten zu sein.

[48]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3c z. § 2344.

[49]) Mechanische Verbindung der Anlage mit dem Protokoll ist auch hier nicht gefordert.

[50]) Die Richtigkeit der im Protokoll enthaltenen Angabe des Namens wird auch hier nicht als Voraussetzung der Gültigkeit des Testaments betrachtet werden dürfen.

[51]) Kann eine Aktsperson zugleich auch Dolmetscher sein? Dies wird deshalb zu verneinen sein, weil, wie schon früher im Texte ausgeführt wurde, der Dolmetscher „das Organ ist, durch welches der Erblasser zu den mitwirkenden Personen redet", und er somit eine von den letzteren verschiedene Person sein muß. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3d z. § 2244.

[52]) Die Anwesenheit des Erblassers ist auch bei der Vollziehung dieser Unterschrift nicht erforderlich.

Digitized by Google

ist die Zuziehung eines Dolmetschers entbehrlich. Unterbleibt sie, so muß das Protokoll in der fremden Sprache aufgenommen werden und die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, enthalten. Eine deutsche Übersetzung soll als Anlage beigefügt werden (§ 2245). Diese von Steifheit nicht freie Vorschrift gilt auch für das gemeinschaftliche Testament, für den Erbvertrag (§ 2276, woselbst ausdrücklich ausgesprochen ist, daß § 2245 auf jeden der Vertragschließenden zur Anwendung zu bringen ist) und für die außerordentlichen Testamentsformen der §§ 2249 bis 2251. Die zweifellos vorhandene Möglichkeit, daß der Erblasser oder der dem Erblasser bei einem Erbvertrage gegenüberstehende Vertragsteil sich, obschon er der deutschen Sprache mächtig ist, aus anderem guten Grunde, nämlich um von denjenigen verstanden zu werden, welchen er sich verständlich machen muß, einer fremden Sprache bedient, ist im § 2245 unberücksichtigt geblieben.[53])

VI. Das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll soll[54]) nebst Anlagen, zu denen auch die vom Erblasser übergebene Schrift gehört, von dem Richter oder dem Notar in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen und des Erblassers mit dem Amtssiegel[55]) verschlossen, mit einer das Testament näher bezeichnenden, von dem Richter, Notar zu unterschreibenden Aufschrift versehen und in besondere amtliche Verwahrung[56]) gebracht

[53]) Beispiel: Eine aus England stammende, der deutschen Sprache nicht mächtige Frau als Erblasserin schließt mit ihrem deutschen Gatten vor einem deutschen Notar einen Erbvertrag. Was soll hier geschehen, wenn alle mitwirkenden Personen der englischen Sprache mächtig sind? Ist die Zuziehung eines Dolmetschers erforderlich, oder darf man sich damit helfen, daß im Protokoll der Wahrheit zuwider festgestellt wird, der deutsche Ehemann sei der deutschen Sprache nicht mächtig? Vgl. zu den hier berührten, glücklicherweise aber wenig praktischen Fragen auch noch Hellmann S. 218, Küntzel S. 590, Tränkner S. 353, Boehm S. 83, Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2245.

[54]) In offenbarer Verkennung des Wesens der lex imperfecta bezeichnet Endemann III S. 130 die im Texte hervorgehobenen „Soll"-Vorschriften als „ergänzende Normen von dispositivem Inhalte".

[55]) Die Beifügung des Privatsiegels des Erblassers ist selbstverständlich als zulässig zu erachten.

[56]) Wie beschaffen diese „besondere" amtliche Verwahrung sein soll, ist reichsgesetzlich nicht weiter bestimmt. Die genauere Regelung ist also (§ 200

Digitized by Google

werden. Dem Erblasser[57]) ist über das in amtliche Verwahrung genommene Testament ein Hinterlegungsschein zu erteilen. Vgl. § 2246.

VII. Verletzt der Richter oder der Notar bei der Testamentserrichtung vorsätzlich oder fahrlässig seine Amtspflicht derart, daß das Testament wegen Formmangels nichtig ist, so haftet er nach Maßgabe des § 839 jedenfalls dem Erblasser auf Schadensersatz, also z. B. auf Ersatz der Kosten der wegen Nichtigkeit des ersten Testaments vorgenommenen neuerlichen Testamentserrichtung. Zweifelhaft ist, ob auf Grund des § 839 eine Haftung des Richters bzw. Notars auch gegenüber denjenigen Personen anzunehmen ist, welchen infolge der Nichtigkeit des Testaments eine Zuwendung entgeht, die ihnen sonst zu teil geworden wäre.[58]) Hierfür spricht, daß der Erblasser die Mitwirkung des Richters, Notars gerade um derjenigen willen in Anspruch nimmt, welche er in seinem Testament bedenkt, so daß man mit Rücksicht hierauf sagen kann, daß der Richter, Notar auch diesen Personen gegenüber eine Amtspflicht zu erfüllen habe.[59]) Abgesehen hiervon kann aber den Richter, Notar, dafern die besonderen Voraussetzungen hierfür vorliegen, auch die Haftung nach § 826 treffen.

VIII. In betreff der Beweiskraft des öffentlichen Testaments vgl. unten § 94 der Darstellung.

b) Das eigenhändige Testament.*)

§ 21a.

I. Die Form des eigenhändigen Testaments kann selbstverständlich nicht erfüllen, wer nicht schreiben kann. Zufolge positiver Vor-

FGbG.) dem Landesrecht überlassen. Zufolge landesrechtlicher Vorschriften kann es insbesondere vorkommen, daß der Notar ein vor ihm errichtetes Testament zum Zweck der Verwahrung dem Amtsgericht einreichen muß; so verhält es sich z. B. in Preußen (Becher Ges. Nr. 1 Art. 81) und Sachsen (Becher Ges. Nr. 2 § 49). Eingehendes bei Ude im Centrlb. f. FGb. Bd. 2 S. 405.

[57]) Dies auch dann, wenn das Testament durch einen Notar an die Verwahrungsstelle eingeliefert wird.

[58]) Nach dem Wortlaut des § 839 ist nämlich der Beamte nur demjenigen schadensersatzpflichtig, welchem gegenüber er seine Amtspflicht verletzt.

[59]) So auch Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2232.

*) Vgl. besonders Brock: Das eigenhändige Testament (1900). Mantey in d. Beitr. z. Erl. d. D. R., 6. Folge, Bd. III S. 641. Hölder in Iherings

Digitized by Google

schrift (§ 2247) kann in eigenhändiger Form aber auch nicht testieren,[1]) wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag.[2])

II. Zur Erfüllung der Form des eigenhändigen Testaments fordert § 2231 Z. 2 eine vom Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung.

Der Besprechung bedarf folgendes:

1. An das Material, auf welchem und mit welchem die Schrift hergestellt wird, stellt das Gesetz besondere Anforderungen nicht.[3]) Die außergewöhnliche und durch die Beschaffenheit der Umstände nicht gerechtfertigte Wahl des Stoffes der Urkunde und des Schreibmittels wird aber sehr häufig zur Entscheidung führen, daß man es mit einer nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung im Sinne des § 118 zu tun hat.

2. Der Form des eigenhändigen Testaments kann auch durch Einschreibung in ein Tage- oder Notizbuch, in ein Druckwerk (hinsichtlich dessen etwa verfügt wird, daß es jemandem als Vermächtnis zukommen soll) und nicht minder durch Fassung der letztwilligen Anordnung in Gestalt eines Briefes entsprochen werden. Die besonderen Umstände des Falles können übrigens und zwar ganz besonders bei brieflicher Fassung zu dem Ergebnis führen, daß der Erblasser ungeachtet der Erfüllung der Form des eigenhändigen Testaments noch nicht testieren, sondern nur einen Entwurf für ein erst zu errichtendes Testament niederschreiben und vielleicht (im Falle der brieflichen Fassung) erst noch einem anderen zur Äußerung mitteilen wollte.

Jahrbüchern Bd. 41 S. 303. Marcus: Privattestament und Nottestament 2. Aufl. (1900).

[1]) Eine Beschränkung der Testierfähigkeit ist übrigens durch diese Vorschriften nicht gegeben.

[2]) Diese Bestimmung hat mit Rücksicht darauf, daß das eigenhändige Testament nur von einem schreibkundigen Erblasser errichtet werden kann und daß der schreibkundige Erblasser in aller Regel Geschriebenes auch wird lesen können, nur sehr geringe praktische Bedeutung. Ein des Schreibens und Lesens der Blindenschrift fähiger Erblasser kann in Blindenschrift ein eigenhändiges Testament errichten. Vgl. Wilke S. 230.

[3]) Pfaff-Hofmann Komment. II S. 145 heben unter anderem die Möglichkeit hervor, daß ein in Gefangenschaft sich befindender Erblasser sein Testament mit Kohle an die Wand schreibt oder mit einem Steine ins Fenster einritzt.

Digitized by Google

3. Das eigenhändige Testament muß durchaus auch hinsichtlich des Orts- und Zeitdatums durch eigene Schreibtätigkeit des Erblassers hergestellt sein.[4]) Die Errichtung mittels Schreibmaschine ist somit ausgeschlossen. Ein vorgedrucktes Orts- oder Zeitdatum kann für das eigenhändige Testament nicht verwendet werden und durch Herstellung dieses Datums mittels Stempels kann der Formvorschrift des Gesetzes nicht genügt werden.

4. Welchen Einfluß hat es, wenn sich in dem eigenhändigen Testament einzelne Worte befinden, die nicht von der Hand des Erblassers herrühren?[5]) Völlig zweifellos ist, daß die Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments durch von fremder Hand ohne Wissen und Willen des Erblassers nachträglich beigefügte Zusätze nicht beeinträchtigt werden kann. Im übrigen ist zu bemerken:

a) Schreibt der Erblasser seinen letzten Willen auf ein von anderer Hand teilweise beschriebenes (z. B. auf einen von ihm empfangenen Brief) oder auf ein bedrucktes Blatt (z. B. auf das Titelblatt eines Buches), so steht, dafern der Erblasser nur sonst getan hat, was zur Erfüllung der Form des § 2231 Z. 2 erforderlich ist, die daneben vorhandene fremde Schrift, der fremde Druck der Gültigkeit des Testaments nicht im Wege. Dabei wird es unter Umständen sogar möglich sein, daß der Inhalt der fremden Schrift, des Druckes zur Feststellung desjenigen, was der Erblasser gewollt hat, mit herangezogen wird.[6])

b) Als Bestandteil des eigenhändigen Testaments können nicht durch eigene Schreibtätigkeit des Erblassers hergestellte Schriftzeichen aller Art selbst dann nicht in Betracht kommen, wenn sie mit Wissen und Willen des Erblassers beigefügt worden sind oder zur Zeit der Testamentsniederschrift schon vorhanden waren.

c) Ob und inwieweit eine Beifügung der unter b bezeichneten Art die Gültigkeit des Testaments ausschließt, ist nach Maßgabe der

---

[4]) Herstellung der Schriftzeichen mit der Hand ist nicht für erforderlich zu erachten.

[5]) Vgl. hierzu C. c. Art. 970: Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier . . . de la main du testateur.

[6]) Beispiele: Der Erblasser schreibt (auf einen von ihm empfangenen Brief): Dem lieben Freunde, der mir mit diesem Briefe so große Freude bereitet hat, vermache ich u. s. w., oder: Das vorliegende Buch (auf dessen Titel die eigenhändige Verfügung steht) hinterlasse ich u. s. w.

Digitized by Google

Umstände zu entscheiden.[7]) So wird z. B. ein gültig errichtetes eigenhändiges Testament sicherlich nicht dadurch nichtig, daß auf dasselbe später unter dem Diktate des Erblassers von fremder Hand Bemerkungen über den Vermögensstand, über den gegenwärtigen Wohnsitz der Bedachten oder über den Ort, wo sich vermachte Sachen befinden, geschrieben werden.[8]) Sind letztwillige Anordnungen teils vom Erblasser teils mit dessen Willen von fremder Hand geschrieben, so wird je nach Lage der Umstände das ganze Testament als nichtig zu behandeln oder aber das vom Erblasser selbst Geschriebene als gültig aufrecht zu erhalten sein.

5. Die Wahl der Sprache des eigenhändigen Testaments steht dem Erblasser frei, nur muß die gewählte Sprache eine solche sein, deren er mächtig ist.[9])

6. Auch hinsichtlich der Schriftzeichen setzt das BGB. der Wahl des Erblassers keine positive Schranke.[10]) Aus dem Wesen der Sache ergibt sich jedoch, daß die Verwendung einer Zeichenschrift ausgeschlossen ist, zu deren Lesung es an einem zuverlässigen Schlüssel fehlt.[11]) Die Errichtung des eigenhändigen Testaments in üblicher Schnellschrift (stenographischer Schrift) ist zulässig.[12])

7. Einschaltungen, Durchstreichungen und Radierungen schließen

---

[7]) Wie im Texte im wesentlichen auch Planck-Ritgen Erl. II 2b z. § 2231 und Cosack II § 353 Nr. 2.

[8]) Dasselbe wird zu sagen sein, wenn auf Wunsch des Erblassers Namen, die er nicht ganz deutlich geschrieben hat, von fremder Hand abermals (etwa in einer Anm.) geschrieben worden sind. Hierbei ist aber wohl zu beachten, daß diese Namenwiederholung in keiner Weise dispositiven Charakter hat.

[9]) Denn sonst muß der Erblasser als ein solcher behandelt werden, der Geschriebenes nicht zu lesen vermag (§ 2247). Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. II 2c zu § 2231.

[10]) Hervorgehoben mag werden, daß Zahlen nicht in Buchstaben geschrieben zu sein brauchen.

[11]) So verhält es sich z. B., wenn sich der Erblasser durch die Verweisung auf einen Schlüssel indirekt die Möglichkeit vorbehält, seinen Anordnungen durch die Art, wie er den Schlüssel herstellt, ohne Beobachtung der Testamentsform einen beliebigen Sinn zu geben (vgl. hierzu auch oben § 20 II), oder wenn durch Verweisung auf einen von einem Dritten zu gebenden Schlüssel dem Dritten die Bestimmung über dasjenige eingeräumt werden will, was nach § 2065 der Erblasser selbst zu bestimmen hat.

[12]) So auch Planck-Ritgen Erl. IV 2d zu § 2231 und die Mehrzahl der Schriftsteller, anders Endemann III § 27 Anm. 10.

Digitized by Google

die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments noch nicht aus. Ob sie rechtswirksam vorgenommen worden sind, ist eine Frage für sich, deren Bejahung außer Zweifel steht, wenn sie durch den Erblasser vor der vollständigen Verwirklichung der eigenhändigen Testamentsform erfolgt sind.[13])

8. Die Unterschrift des Erblassers muß Namensunterschrift (vgl. § 126) sein. Es genügt also nicht die Unterschrift mit einer Bezeichnung, die nicht Name ist, z. B. „Euer Vater". Obschon es ratsam ist, daß der Erblasser mit seinem vollen Vor- und Nachnamen unterschreibt, so genügt doch die Unterschrift mit dem letzteren. Daß dem Erblasser der von ihm zur Unterschrift verwendete Nachname auch rechtlich zukommt,[14]) ist nicht erforderlich. Als entscheidend kommt nur in Betracht, daß der Erblasser den bei der Unterschrift gebrauchten Namen im bürgerlichen Leben tatsächlich führt und dritten Personen als der Träger dieses Namens bekannt ist.[14a]) Soweit dies zutrifft, wird also auch ein Pseudonym (Schriftsteller-, Künstlername) oder ein Vulgarname zur Unterschrift verwendet werden können,[15]) nicht aber ein nur in engem Kreise üblicher Spitzname. Die Unterschrift mit dem Vornamen allein ist nur dann für genügend zu erachten, wenn für diese dasjenige zutrifft, was vorher hinsichtlich des Nachnamens gesagt ist. Diese Voraussetzung ist aber z. B. für fürstliche Personen oder für hohe Würden-

---

[13]) In betreff späterer Einschaltungen vgl. unten S. 111 bei Anm. 28 und hinsichtlich nachträglicher Durchstreichungen und Radierungen außerdem § 42 dieser Darstellung.

[14]) Man denke z. B. daran, daß ein Erblasser sich für ein eheliches oder legitimiertes Kind seines Vaters hält und deshalb den Familiennamen des letzteren tatsächlich führt und daß sich später die Unrichtigkeit dieser Annahme herausstellt.

[14a]) Bestritten. Wie im Texte im wesentlichen auch Planck-Ritgen Erl. II 39 z. § 2231; vgl. aber auch Herzfelder S. 490 und die dort Berufenen.

[15]) Ist der Erblasser Kaufmann, so wird er sich bei der Testamentsunterschrift seines Familiennamens und nicht der nur für den Handelsverkehr in Betracht kommenden Firma zu bedienen haben. Doch ist es immerhin möglich, daß sich der Inhaber einer Firma dieser tatsächlich so bedient, wie wenn sie sein bürgerlicher Name wäre, so daß durch die unter Verwendung der Firma vollzogene Unterschrift der Anforderung des Textes doch entsprochen ist. Bestritten, auch von Planck-Ritgen a. a. O., freier Wilke S. 218/219.

Digitized by Google

träger der katholischen Kirche gegeben.[16]) Wie die Schrift selbst, so muß auch die Unterschrift des Erblassers ausnahmelos eine eigenhändige sein. Durch ein vom Erblasser vorgenommenes Handzeichen kann sie ebensowenig (anders § 126) ersetzt werden als durch Stempeldruck. Bloße Undeutlichkeit der Unterschrift schließt die Gültigkeit des Testaments nicht aus.[17]) Die örtliche Stellung der Unterschrift ergibt sich aus der im § 2231 ausgesprochenen Anforderung, daß die vom Erblasser geschriebene „Erklärung" des letzten Willens „unter"-schrieben sein muß. Die Niederschrift des Namens im Texte der Erklärung ist keine Unterschrift. Eine Erklärung ist vielmehr nur dann unterschrieben, wenn sich die Namensunterschrift an einer Stelle befindet, vermöge welcher sie die ganze Erklärung deckt.[18])

9. Zur Form des eigenhändigen Testaments gehört auch die vom Erblasser eigenhändig gemachte Angabe des Orts- und Zeitdatums.

a) Die Stellung des Orts- und Zeitdatums muß so beschaffen sein, daß es sich äußerlich als integrierender Bestandteil des Testaments darstellt.[19]) Dieser Anforderung kann sowohl dadurch entsprochen werden, daß das Orts- und Zeitdatum an den Anfang oder an das Ende des Testaments gesetzt oder daß es wohl auch in den Text des Testaments selbst aufgenommen wird. Daß das Datum örtlich vor der Unterschrift steht, ist im Gesetz nicht gefordert. Seine Beifügung kann also auch in Verbindung mit der Unterschrift erfolgen,[20]) ja es wird sogar unter der Unterschrift stehen dürfen.

b) Eine bestimmte Form der Angabe des Orts- und Zeitdatums ist nicht vorgeschrieben. Für das Zeitdatum genügt daher die Angabe eines individuell bestimmten Tages, d. h. eines solchen, der sich als Tag eines bestimmten Monats und Jahres[21]) darstellt. Zulässig

---

[16]) Vgl. Planck-Ritgen a. a. O.

[17]) Unzureichend ist eine Unterschrift mit den Anfangsbuchstaben des wesentlich in Betracht kommenden Namens.

[18]) Vgl. Planck-Ritgen Erl. II 3c z. § 2231. Schreibt der Erblasser unter die von ihm vollzogene Unterschrift noch eine Nachtragserklärung, so kann diese nur gelten, wenn sie besonders unterschrieben ist.

[19]) Nicht genügen würde somit die Angabe des Orts- und Zeitdatums auf dem Umschlag, in den das Testament gelegt wurde.

[20]) z. B.: N. N., am 1. August 1903 in meiner Villa in Leipzig-Gohlis.

[21]) Das Gesetz spricht allerdings nur von der Angabe des Tages; allein die Bestimmung eines Tages ist erst gegeben, wenn durch sie ein bestimmter

Digitized by Google

ist auch die Angabe durch Ziffern mit Gebrauch der üblichen Bruchform und die übliche Abkürzung der Jahreszahl, nicht minder eine anderweite Bezeichnung nach dem Kalender (Sylvester 1904), ferner die Bezeichnung durch Bezugnahme auf ein Ereignis, das möglicherweise ein notorisches ist (Sedantag 1905), aber nicht notwendig zu sein braucht; das Zeitdatum eines eigenhändigen Testaments kann also z. B. auch lauten: am Tage meiner silbernen Hochzeit.[22])

Das Ortsdatum braucht nicht die Angabe einer Stadt-Gemeinde, eines Gutsbezirks zu enthalten. Es genügt auch eine andere Ortsbezeichnung, z. B.: in meiner Villa am Starnberger See, oder: Hütte am Ortler, in die man mich nach meinem Absturze getragen hat. Im Falle eines während einer See- oder Eisenbahnfahrt errichteten eigenhändigen Testaments genügt als Ortsdatum sicherlich die Bezeichnung des Schiffes, des Eisenbahnzugs und eine der Sachlage entsprechende Angabe der Richtung der Fahrt.[23])

c) Viel umstritten ist die Frage, ob das Orts- und Zeitdatum des eigenhändigen Testaments in dem Sinne richtig sein muß, daß ein Widerspruch mit dem wirklichen Sachverhalt das Testament nichtig macht.[23a]) Hierüber[24]) folgendes:

α) Die grundsätzlich bejahende Antwort auf die aufgeworfene

Monatstag eines bestimmten Jahres getroffen ist. Doch ist ausdrückliche Angabe des Jahres und Monats nicht erforderlich.

[22]) Vgl. hierzu Hölder, S. 308, der mit Recht darauf aufmerksam macht, daß das BGB. hinsichtlich des Zeitdatums des eigenhändigen Testaments erheblich weniger verlangt, als die WO. im Art. 4 Z. 6. Während die letztere Vorschrift „Angabe des Monatstages und Jahres der Ausstellung verlangt, genügt für das eigenhändige Testament jede Angabe eines durch irgend ein Kennzeichen individuell bestimmten Tages."

[23]) Vgl. Hölder, S. 308, Planck-Ritgen Erl. II 4 bα.

[23a]) Über die neueste Rechtsprechung des RG. vgl. Anm. 29.

[24]) Die Ansichten gehen weit auseinander. Folgende Meinungen sind geäußert worden: 1. Einzelne Schriftsteller behandeln ein Testament mit unrichtigem Orts- oder Zeitdatum schlechthin als nichtig. So Endemann III § 27 Anm. 16, Frommhold S. 216, Maerker S. 89, Mantey (mit ausführlicher Begründung und unter eingehender Berücksichtigung der auf die Auslegung des Art. 970 C. c. sich beziehenden französischen, belgischen und deutschen Rechtsprechung) S. 641 ff. und Herzfelder S. 491. Für diese Auffassung auch das RG. auf Grundlage des französischen Rechts Bd. 7 S. 292 (vgl. auch Anm. 29). 2. Eine zweite Gruppe von Schriftstellern unterscheidet zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Unrichtigkeit des Orts- und Zeitdatums. In den Fällen der ersten Art soll das Testament immer nichtig

Digitized by Google

Frage hat zur notwendigen Voraussetzung, daß für jedes eigenhändige Testament ein ganz bestimmtes Orts- und Zeitdatum durch das Wesen der Sache derart gegeben ist, daß nur dieses und kein anderes als das richtige bezeichnet werden darf. Diese Voraussetzung ist aber in Wahrheit nicht vorhanden. Das BGB. verlangt für das eigenhändige Testament nicht die unitas actus. Beginn, Fortsetzung und Beendigung der Errichtung eines eigenhändigen Testaments können also örtlich und zeitlich — und zwar möglicherweise recht weit — auseinanderliegen. Welches Orts- und Zeitdatum ist dann das richtige? Es ist gewiß zulässig, daß der Erblasser ausdrücklich bemerkt, er habe sein Testament teils an diesem, teils an jenem Orte, teils an dem und teils an einem anderen Tage errichtet. Eine solche Rechenschaftsablegung kann aber unmöglich notwendig sein, und es wird nicht bezweifelt werden können, daß auch die Angabe desjenigen Ortes und derjenigen Zeit genügen muß, an dem und zu der das Testament vollendet wurde, d. h. alle Erfordernisse eines formgerechten eigenhändigen Testaments vorhanden waren. Damit ist bereits dargetan, daß beim Orts- und Zeitdatum des eigenhändigen Testaments auf absolute Richtigkeit verzichtet werden muß. Es ist ferner zu erwägen, daß der Erblasser das auf dem bereits fertiggestellten eigenhändigen Testament sich befindende sog.

sein. Unabsichtliche Unrichtigkeit soll dagegen die Gültigkeit des Testaments jedenfalls dann nicht beeinträchtigen, wenn sie aus dem Testament selbst richtig gestellt werden kann (vgl. Brock S. 84 ff. und Kipp bei W. III Zus. z. § 545; so, z. T. aber noch weiter gehend auch der franz. Kassationshof) oder nach anderen auch dann nicht, wenn eine Richtigstellung der vom Erblasser gegebenen Orts- und Zeitbestimmung im Sinne des von ihm wirklich Gemeinten, zwar nicht auf Grund des Testaments, aber durch Heranziehung anderer Umstände, möglich ist (Hölder S. 310, Kipp bei W. a. a. O.), oder nach Wilke S. 219, wenn die Unrichtigkeit ohne sachliche Erheblichkeit ist. Zweifelnd Herzfelder a. a. O. 3. Der Verfasser dieses Buches hat schon von der 1. Auflage ab (eine nähere Begründung enthält bereits die 2. Aufl. S. 61 Anm. 23) die Ansicht vertreten, daß Ungenauigkeit, ja selbst Unrichtigkeit der auf das Orts- und Zeitdatum sich beziehenden Angaben die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments noch nicht ausschließt und wesentlich derselben Meinung sind unter anderen Matthiaß II § 129, Cosack II § 353 Anm. 2, Weißler S. 157, Boehm S. 80, Tränkner S. 354 und mit tiefgehender und interessanter Begründung Planck-Ritgen Erl. II 4d z. § 2231. Auch der belgische Kassationshof und das preußische Obertribunal zeigen sich in ihren Erkenntnissen grundsätzlich geneigt, von der Forderung der Richtigkeit des Datums des eigenhändigen Testaments abzusehen.

Digitized by Google

„richtige" Orts- und Zeitdatum jederzeit ausstreichen und mit demjenigen Orts- und Zeitdatum versehen kann, welches dem Ort und der Zeit der jetzigen Niederschrift entspricht,[25]) sodann daß der Erblasser eine von ihm infolge von Vorausdatierung gemachte „unrichtige" Zeitangabe nach der gegnerischen Theorie jedenfalls dadurch „richtig" machen kann, daß er nur zur angegebenen Zeit[26]) in den Text des Testaments ein Wort einfügt.

Wie soll es sodann gehalten werden, wenn das am Anfange des Testaments stehende Orts- und Zeitdatum zwar „richtig" ist für den Beginn der Errichtung, wenn aber die Vollendung erst an einem anderen Orte und zu anderer Zeit erfolgt ist, oder wenn nach vollständiger Errichtung des richtig datierten Testaments an anderem Orte und zu anderer Zeit noch einiges in den Text des Testaments[27]) eingefügt worden ist?[28]) Die Lehre von der absoluten Richtigkeit des Orts- und Zeitdatums des eigenhändigen Testaments ist also nicht durchführbar.[29])

β) Ihrem juristischen Charakter nach ist die Beisetzung des Orts- und Zeitdatums eine, sei es nun bewußte, sei es unbewußte

---

[25]) In diesem Falle ist dann das neue Orts- und Zeitdatum genau so richtig, wie es früher das ausgestrichene war.

[26]) In ähnlicher Weise könnte nach der gegnerischen Lehre auch ein unrichtiges Ortsdatum hinterher „richtig" gemacht werden.

[27]) Zur Gültigkeit eines unter die Unterschrift gesetzten Nachtrags bedarf es freilich der vollen Erfüllung der vorgeschriebenen Form.

[28]) Für die Zulässigkeit solcher Einschaltungen ohne neues Orts- und Zeitdatum vgl. auch Hölder S. 310 ff. und Planck-Ritgen Erl. II 5 a. E. z. § 2231. Am letzteren Orte wird mit Recht hervorgehoben, daß man niemals von einem Abschluß des eigenhändigen Testaments reden könne, solange der Erblasser noch lebt und testierfähig ist. Nicht frei von Widerspruch ist die Ausführung von Herzfelder S. 492 unter D., ihr Schlußergebnis aber geht dahin, daß der Erblasser im Falle nachträglicher Änderungen dem ursprünglichen Datum das Datum der Änderung beizufügen oder aber jenes durch dieses (als das Datum der Vollendung) zu ersetzen habe. Vom Standpunkte der Kautelarjurisprudenz ist übrigens ein solches Verfahren nicht nur nicht zu beanstanden, sondern vielmehr, besonders mit Rücksicht auf RGE. in Anm. 29, als durchaus zweckmäßig und rätlich zu bezeichnen. Bei bloßen Durchstreichungen kommt die Notwendigkeit eines neuen Orts- und Zeitdatums überhaupt nicht in Frage (§ 2255).

[29]) Während das RG. in seiner Entscheidung v. 16. 1. 1882 Bd. 7 S. 292 noch ausgesprochen hatte, daß das eigenhändige Testament in dem Zeitpunkte vollendet sei, in welchem die Unterschrift beigefügt worden ist, nimmt es in

Digitized by Google

Erfüllung eines gesetzlichen Formerfordernisses. Das zu erfüllende Erfordernis besteht aber in ähnlicher Weise wie nach Art. 4 Z. 6 WO.[30]) nur in der „Angabe", nicht in der Richtigkeit des angegebenen Orts- und Zeitdatums. Als Formerfordernis behält diese

dem Erkenntnisse vom 20. 1. 1899 Bd. 43 S. 378 einen etwas anderen Standpunkt ein. Der Entsch. liegt der Tatbestand zu Grunde, daß das mit dem Datum: „Fürth, den 22. Mai 1893" versehene Testament von der Erblasserin schon mehrere Tage vor der am angegebenen Tage erfolgten Beifügung des Datums geschrieben und unterschrieben war. Das Urteil geht mit Recht dahin, daß dieser Umstand der Gültigkeit des Testaments nicht entgegensteht. Denn — so heißt es in der Begründung — das vom Kläger behauptete Erfordernis, daß das eigenhändige Testament an demselben und von demselben Tage datiert werden müsse, an welchem es errichtet, insbesondere unterschrieben wird, sei im Gesetz (Art. 970 C. c.) nicht begründet. Insbesondere habe das Gesetz nicht als Erfordernis der Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments die Einheitlichkeit der Errichtung einschließlich der Datierung der Zeit nach aufgestellt, nnd dieses Erfordernis sei auch nicht den für die fraglichen Formvorschriften maßgebend gewesenen gesetzgeberischen Gründen zu entnehmen. In der sich hieran anschließenden Ausführung wird aber dann freilich noch der Versuch gemacht, einen direkten Gegensatz dieser neuen Entscheidung zu der früher erwähnten älteren durch die Hervorhebung des Umstandes zu vermeiden, daß ein am angegebenen 22. Mai 1893 wirklich beigefügtes Datum kein falsches, d. i. kein solches sei, das an einem anderen Tage geschrieben ist, als es besagt; dazu komme noch, daß die Hinzufügung des Datums — da dieses ebenso wesentlich ist wie die Unterschrift — auf einem im übrigen geschriebenen, auch unterschriebenen, aber noch nicht datierten Testament den letzten Akt der Testamentserrichtung selbst bildet, durch den der Wille des Testators, von Todeswegen zu verfügen, nunmehr in rechtsgültiger Form zum Ausdruck gelangt. Die Entscheidung selbst ist gewiß zutreffend und die ihr zu Grunde liegenden Erwägungen scheinen in ihrer letzten Konsequenz sogar zu der im Texte vertretenen grundsätzlichen Auffassung führen zu müssen. In seiner jüngsten auf unsere Frage sich beziehenden Entscheidung (vgl. übrigens auch die Mitteilung in der Jurist. Wochenschr. 1901 S. 814) v. 7. 4. 1902 Bd. 51 S. 166 hat jedoch das RG. ausgesprochen, daß ein an einem anderen als dem durch das angegebene Ortsdatum bezeichneten Orte in das eigenhändige Testament nachträglich eigenhändig, aber ohne neues Datum eingefügte Anordnung wegen Unrichtigkeit des Datums der Wirksamkeit entbehrt.

[30]) Nach der berufenen Bestimmung der WO. gehört „die Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung" zu den wesentlichen Erfordernissen eines gezogenen Wechsels. Trotzdem geht die weit überwiegende Meinung (vgl. besonders ROHG. Bd. 6 S. 128, Bd. 12 S. 318, RG. Bd. 24 S. 116) dahin, daß zur Erfüllung der vorgeschriebenen Form die Richtigkeit der gemachten Angaben nicht erforderlich ist.

Digitized by Google

Angabe Bedeutung auch dann, wenn sie nicht „richtig" zu sein braucht. Denn schon dadurch allein, daß das Gesetz die Angabe des Orts- und Zeitdatums verlangt, trägt es dazu bei, dem Erblasser zum Bewußtsein zu bringen, daß es sich nicht bloß um die Herstellung eines zur eigenen Notiz dienenden Schriftstücks, sondern um die Vornahme eines Rechtsakts handelt. Die sich darauf stützende Gegenmeinung, daß die vom Gesetz geforderte Form hier in der Abgabe eines Zeugnisses des Erblassers über Ort und Zeit der Errichtung bestehe, hat keinen Anhalt im Gesetz. Ihr steht außerdem noch doppeltes entgegen. Die im Protokoll eines öffentlichen Testaments hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Verhandlung zu machende Angabe hat gewiß den Charakter eines Zeugnisses. Trotzdem hat die hinsichtlich dieser Angabe unterlaufene Unrichtigkeit die Nichtigkeit des öffentlichen Testaments nicht zur Folge.[30a]) Ganz abgesehen hiervon darf der Angabe des Orts- und Zeitdatums beim eigenhändigen Testament die rechtliche Natur eines Zeugnisses schon deshalb nicht zugeschrieben werden, weil sie rechtsgeschäftliche Willenserklärung zwar nicht notwendig ist, aber doch sein kann.[31]) Denn wenn der Erblasser das auf einem von ihm vor zehn Jahren errichteten eigenhändigen Testament sich befindende Zeitdatum: 1. Dezember 1900 am 1. Dezember 1910 mit einem Federstrich auf das letztere Datum umändert, so hat er damit jedenfalls eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben, zufolge deren das bisherige Testament vom 1. Dezember 1900 als ein solches vom 1. Dezember 1910 gelten soll.

γ) Wenn die „Richtigkeit" des Orts- und Zeitdatums Formerfordernis wäre, so müßte nach allgemeinen Grundsätzen, wer sich auf das eigenhändige Testament beruft, die Richtigkeit des Orts- und Zeitdatums beweisen. Damit wäre das eigenhändige Testament in direktem Gegensatz zu den Absichten, die bei dessen Aufnahme in das Gesetz maßgebend waren, zur völligen Unbrauchbarkeit verurteilt. Es darf deshalb mit Sicherheit angenommen werden, daß eine solche Behandlung vom Gesetzgeber nicht gewollt ist. Aber auch die umgekehrte Entscheidung der Beweislastfrage, daß, wer die Gültigkeit

---

30a) Bestritten. Vgl. oben § 21 Anm. 35.

31) Planck-Ritgen Erl. II 4d z. § 2231 hält die Angabe des Datums beim eigh. T. immer für eine Willenserklärung. Dies dürfte zu weit gehen.

Digitized by Google

des eigenhändigen Testaments bestreitet, die Unrichtigkeit des Datums zu beweisen habe, führt, ganz abgesehen davon, daß das Gesetz eine Vermutung für die Richtigkeit des Datums nirgends ausspricht, nicht zu annehmbaren Ergebnissen. Denn es ist durchaus widerspruchsvoll, wenn man einem Gesetzgeber folgende drei Dinge zugleich zumutet: 1. Die Aufstellung eines Formerfordernisses (Richtigkeit des Datums), dessen Beobachtung in aller Regel nicht festgestellt werden kann.[32]) 2. Die praktische Beseitigung des Formerfordernisses in der großen Mehrzahl der in Frage kommenden Fälle durch die Aufstellung der Vermutung, daß dem Formerfordernis genügt sei. 3. Die Begünstigung — ja man darf sogar sagen Prämiierung — des groben Vertrauensmißbrauchs und der Chikane in den relativ wenigen Fällen, in welchen die Unrichtigkeit des Datums nachgewiesen werden kann.

δ) Die bisherigen Darlegungen führen zu dem mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des RG. freilich nur sehr theoretischen Ergebnis, daß ein eigenhändiges Testament wegen Ungenauigkeit und selbst Unrichtigkeit der das Orts- und Zeitdatum betreffenden Angaben für sich allein noch keineswegs nichtig ist. Dies gilt nach Maßgabe der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich sowohl im Falle der unabsichtlichen[33]) als auch in dem der absichtlichen[34])

---

[32]) Die regelmäßige Unkontrollierbarkeit der vom Erblasser gemachten Orts- und Zeitangaben ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Natur des eigenhändigen Testaments als eines „einsamen Aktes" (ein hier passender Ausdruck Leonhards, den dieser Schriftsteller in seinem Allgemeinen Teile des BGB. S. 256 in einem teilweise anderen Sinne verwendet). Die Möglichkeit, daß der Erblasser das eigenhändige Testament in Gegenwart von Zeugen errichtet, oder daß er zur Konstatierung der Echtheit der niedergeschriebenen Urkunde oder der Richtigkeit des Orts- und Zeitdatums Zeugen zuzieht, ist freilich nicht ausgeschlossen. Allein von dieser Möglichkeit wird nicht leicht Gebrauch gemacht werden.

[33]) Man denke etwa daran, daß der Erblasser ein in Charlottenburg errichtetes Testament in der Meinung, es sei in Berlin errichtet, mit dem Ortsdatum Berlin oder ein am 20. eines Monats errichtetes Testament mit dem Datum des 21. des betreffenden Monats versieht.

[34]) Beispiele: Ein Erblasser schreibt ein vor Jahren errichtetes aber wenig leserlich geschriebenes Testament wörtlich, daher auch mit dem alten Orts- und Zeitdatum ab und zerreißt dann das alte Testament. Oder jemand versieht ein einige Tage vor seiner Hochzeit errichtetes eigenhändiges Testament, in dem er „seine Frau" als Erbin einsetzt, mit dem Datum seines

Digitized by Google

Unrichtigkeit. Anders muß aber selbstverständlich entschieden werden, wenn das Orts- und Zeitdatum ein unmögliches[35]) oder scherzhaften Charakters ist. Der Grund der hierbei anzunehmenden Nichtigkeit des Testaments liegt aber nicht in der Unrichtigkeit des Datums, sondern darin, daß eine Angabe des Datums im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. In den Fällen des unmöglichen Datums wird aber unter Umständen doch noch eine Richtigstellung auf Grund des Testamentsinhalts und der allgemeinen Lebenserfahrung im Sinne des vom Erblasser offenbar gemeinten Datums als möglich betrachtet werden dürfen.[36])

ε) Zu praktischen Mißständen, die nicht schon durch die Natur des eigenhändigen Testaments selbst gegeben sind, führt die unter δ vertretene Behandlung nicht. Datiert der testierfähige Erblasser sein Testament auf einen Zeitpunkt zurück, in dem er noch nicht testierfähig war, so ist das Testament nach der hier vertretenen Meinung nichtig, weil es als ein Testament des angegebenen Errichtungstages nicht gelten kann. Dieses Ergebnis ist gewiß ungefährlich. Datiert umgekehrt der nicht testierfähige Erblasser ein Testament auf die Zeit zurück, zu der er testierfähig war, so ist das Testament wegen Testierunfähigkeit zur Zeit der maßgebenden Niederschrift nichtig, wogegen gleichfalls ein Bedenken nicht erhoben werden kann. Eine Vorausdatierung des von einem nicht testierfähigen Erblasser errichteten Testaments auf eine Zeit, in der er voraussichtlich testierfähig sein wird, dürfte kaum vorkommen, weil sie keinen praktischen Zweck hat. Sollte sie aber trotzdem erfolgen, so müßte das Testament wegen der Testierunfähigkeit des Erblassers zur Zeit der Errichtung als nichtig behandelt werden. Ganz dasselbe müßte aber auch gelten, wenn der Erblasser das zur Zeit seiner Testierunfähigkeit geschriebene und unterschriebene aber noch nicht datierte Testament nach Erlangung der Testierfähigkeit mit einem, dem Tage und Orte

---

Hochzeitstages. Hierbei ist besonders bemerkenswert, daß der Erblasser das Testament im zweiten Falle selbst nach der gegnerischen Meinung schon dadurch gültig machen kann, daß er das bereits geschriebene Datum durchstreicht und am Hochzeitstag neuerdings niederschreibt!

[35]) Hierher gehört auch der Fall, daß der Erblasser vor dem im Testament angegebenen Zeitdatum stirbt.

[36]) Vgl. dazu den Fall bei Hölder S. 311, wo der Erblasser in einem

Digitized by Google

der vorgenommenen Datierung entsprechenden Datum versehen würde. Denn diese „richtige" Datierung könnte nichts daran ändern, daß dem Erblasser zur Zeit der Vornahme wesentlicher Akte der Testamentserrichtung nämlich: der Niederschrift des Testamentsinhalts und der Unterschrift die Testierfähigkeit gefehlt hatte.

Das Verhältnis des zurück- oder vordatierten eigenhändigen Testamentes zu einem anderen Testament desselben Erblassers bestimmt sich grundsätzlich nach Maßgabe des angegebenen Datums. Führt diese Behandlung zu der Absicht des Erblassers widersprechenden Ergebnissen, so kann das zurück- oder vordatierte Testament nach den §§ 2078, 2080 bis 2082 mit der Wirkung des § 142 Abs. 1 angefochten werden.[37])

10. In betreff der Frage, ob ein öffentliches Testament möglicherweise als eigenhändiges Testament aufrecht erhalten werden kann, vgl. unten § 42 d. D.

III. Auf Verlangen des Erblassers ist das von ihm errichtete eigenhändige Testament in amtliche Verwahrung zu nehmen und ihm hierüber ein Hinterlegungsschein zu erteilen. Es ist hierbei an die „besondere" amtliche Verwahrung im Sinne des § 2246 durch die landesgesetzlich berufenen Behörden zu denken. Die Rückgabe aus der Verwahrung kann vom Erblasser jederzeit verlangt werden und darf nur an diesen persönlich erfolgen. Vgl. §§ 2248, 2256 Abs. 3.

3. Außerordentliche Testamentsformen des BGB.*)

§ 22.

I. Testamentserrichtung in außerordentlicher Form läßt das BGB. in folgenden Fällen zu:

1. Ist zu besorgen, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder einem Notar möglich ist, so kann er vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält[1]), oder vor dem Vorsteher des landesgesetzlich einer

---

Jahre ohne Schalttag sein eigenhändiges Testament mit dem Datum des 29. Februar statt mit dem des 1. März versehen hat.

[37]) Vgl. Planck-Ritgen § VI 4d a. E.

*) Marcus, Privattestament und Nottestament nach dem BGB. (1900). Albanus, Das Nottestament (1900).

[1]) Damit ist eine reichsgesetzliche Vorschrift über die Zuständigkeit des „Vorstehers" gegeben.

Digitized by Google

Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes testieren (sogenanntes Dorftestament[2]), im Anschluß an das preuß. R. auch Nottestament genannt). Der Vorsteher[3]), der hier an die Stelle des Richters, Notars tritt, muß zwei Zeugen zuziehen. In dem aufzunehmenden Protokolle muß die Besorgnis, welche die Wahl dieser Testamentsform veranlaßte, festgestellt werden; daß sie in Wirklichkeit nicht begründet war, steht der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen. Im übrigen kommen die für die Testamentserrichtung vor einem Richter oder einem Notar geltenden Vorschriften auch hier zur Anwendung. Vgl. § 2249.[4])

2. Hält sich der Erblasser an einem Orte auf, der infolge des Ausbruchs einer Krankheit oder sonstiger außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder einem Notar nicht möglich oder doch erheblich erschwert ist,[5]) so kann er nach § 2250:

a) in der durch den § 2249 Abs. 1 (vgl. oben 1) bestimmten Form[6]) oder

b) mündlich vor drei Zeugen testieren.

Das wie im Falle unter a) so auch in dem unter b) aufzunehmende Protokoll braucht die Feststellung des Grundes, aus dem es zur Testamentserrichtung in dieser Form gekommen ist, nicht zu enthalten. Unter Zuziehung eines Dolmetschers kann ein Testament zwar in der unter a), nicht aber auch in der unter b) bezeichneten

---

[2]) Über das römische und gemeinrechtliche testamentum ruri conditum vgl. Windscheid III § 544 Z. 3.

[3]) „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 2249 des BGB. an Stelle des Vorstehers oder neben dem Vorsteher eine andere amtlich bestellte Person zuständig ist" (Art. 150 EG.).

[4]) Nach § 2249 finden auf das Dorftestament die Vorschriften der §§ 2234 bis 2246 Anwendung, also auch die Vorschrift des § 2238 Abs. 2, daß, wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten kann. Vgl. auch Tränkner S. 355, Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2249, und jetzt auch Fischer-Henle Anm. z. § 2238 seit der 4. Auflage.

[5]) Anders die Voraussetzungen des römischen testamentum tempore pestis conditum. Vgl. Windscheid III § 544 Z. 2.

[6]) Absatz 2 von § 2249 ist im § 2250 deshalb nicht mitberufen, weil sich jene Bestimmung lediglich auf die in das Protokoll aufzunehmende Feststellung einer Besorgnis bezieht, die im Falle des § 2250 keine Rolle spielt.

Digitized by Google

Form errichtet werden.[7]) Abgesehen von den hierdurch entfallenden Vorschriften des § 2244 und denen des selbstverständlich unanwendbaren § 2243[8]) finden die auf das Protokoll sich beziehenden Bestimmungen der §§ 2240 bis 2245 auch auf das mündliche Zeugentestament Anwendung. In betreff der an die Testamentszeugen zu stellenden Anforderungen gilt beim mündlichen Zeugentestament des § 2250 dasselbe wie beim gerichtlichen oder notariellen Testament.[9]) Das Protokoll über das mündliche Zeugentestament braucht nicht von einem Zeugen selbst aufgenommen zu werden, muß aber nach Maßgabe von § 2242 Abs. 3 in Verbindung mit § 2250 Abs. 2 von allen Zeugen[10]) unterschrieben werden.[11])

3. Wer sich während einer Seereise an Bord eines deutschen,[12]) nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs außerhalb eines inländischen Hafens[13]) befindet, kann sich der oben unter Z. 2b erwähnten Testamentsform bedienen (§ 2251).

II. Hinsichtlich aller bisher unter Ziffer 1 bis 3 besprochenen Fälle ist jetzt noch zu bemerken, daß das in einer dieser außerordentlichen Formen errichtete Testament als nicht errichtet gilt, wenn seit der Errichtung drei Monate[14]) verstrichen sind und der Erb-

---

[7]) Erklärung des letzten Willens in einer anderen als der deutschen Sprache ist also beim mündlichen Zeugentestament nicht nach § 2244, sondern nur nach Maßgabe des § 2245 möglich.

[8]) Mit Rücksicht darauf, daß im Falle des Textes nur durch mündliche Erklärung testiert werden kann, ist § 2243 in § 2250 daher auch nicht berufen.

[9]) Die Unanwendbarkeit des § 2236 und der Z. 4 des § 2237 (vgl. § 2250 Abs. 2) ergibt sich daraus, daß die in diesen Bestimmungen berührten Fälle beim mündlichen Zeugentestament des § 2250 nicht vorkommen können.

[10]) Die an einer Stelle der Protokolle (V S. 346) ausgesprochene abweichende Ansicht ist mit der unzweideutigen Vorschrift des Gesetzes nicht zu vereinigen.

[11]) In betreff der Unterschrift des Erblassers sind die Vorschriften der Absätze 1 und 2 des § 2242 maßgebend.

[12]) Vgl. hierzu §§ 1, 2 des RGes. v. 22. 6. 1899 betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe.

[13]) Hierzu dürften Häfen der deutschen Schutzgebiete nicht zu rechnen sein.

[14]) In betreff der Berechnung der Frist vgl. § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2, 3. Diese Vorschriften bleiben auch dann maßgebend, wenn die Frist während ihres Laufes gehemmt wird; § 191 findet also keine Anwendung. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2252.

Digitized by Google

lasser noch lebt. So lange der Erblasser „außer stande ist",[15]) ein Testament vor einem Richter oder einem Notar zu errichten, sind Beginn und Lauf dieser Frist gehemmt, und im Falle des Seetestaments des § 2251 wird die Frist durch eine vom Erblasser vor Ablauf derselben unternommene neue Seereise unterbrochen, so daß sie von der Beendigung der letzteren an neuerdings voll zu berechnen ist. Ist der Erblasser für tot erklärt worden, so behält das in außerordentlicher Form errichtete Testament seine Kraft, dafern nur die Frist zu der Zeit noch nicht verstrichen war, auf welche die letzte Nachricht vom Leben des Erblassers zurückreicht. Vgl. § 2252.[16])

4. Anderweite Testamentsformen.

§ 22a.

I. Reichsrechtliche Vorschriften.

1. Nach Maßgabe des durch das BGB. unberührt bleibenden

---

[15]) Ein Testament kann in der Form des § 2250 und unter der dort angegebenen Voraussetzung auch schon errichtet werden, wenn die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder einem Notar „erheblich erschwert" ist. So lange diese erhebliche Erschwerung andauert, wird man annehmen müssen, daß der Erblasser im Sinne des § 2252 zur Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder einem Notar „außer stande" ist.

[16]) Die auf den Fall, daß der Erblasser für tot erklärt worden ist, sich beziehende Bestimmung des § 2252 enthält eine Abweichung von der Lebensvermutung des § 18. Dieser zufolge greift hinsichtlich des für tot Erklärten die Vermutung durch, daß er bis zu dem in der Todeserklärung festgestellten Zeitpunkte des vermuteten Todes gelebt habe. Mit Rücksicht hierauf würde daher in Ermangelung der Sondervorschrift des § 2252 Abs. 4 auch anzunehmen sein, daß das vom Erblasser in außerordentlicher Form errichtete Testament mit dem Ablauf der in Abs. 1 von § 2252 bestimmten drei Monate als nicht errichtet gilt, selbst wenn diese zum Teil in eine Zeit fielen, für die das Leben des Erblassers nur vermutet wird. Eine Hemmung der dreimonatigen Frist könnte aber wieder gerade in Ansehung der letzteren Zeit nicht bewiesen werden. Hier schafft die Vorschrift des Abs. 4 von § 2252 — indem sie mit der Möglichkeit rechnet, daß der Erblasser, dessen Leben während einiger Zeit nur vermutet wird, vielleicht doch schon gestorben war, oder daß er, wenn er noch lebte, möglicherweise an der Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar gehindert war — die angemessene Abhülfe. In den Protokollen V S. 346 wird in der Vorschrift des Abs. 4 von § 2252 mit Unrecht eine Abweichung von der Todesvermutung des § 19, d. i. einer Bestimmung erblickt, die sich nur auf den Fall bezieht, daß der Verschollene noch nicht für tot erklärt worden ist. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2252.

Digitized by Google

§ 44 des Reichsmilitärgesetzes[1]) vom 2. Mai 1874 können die daselbst bestimmten Personen unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen „privilegierte" militärische letztwillige Verfügungen treffen.

2. Nach Art. 44 EG. z. BGB. finden unter den daselbst genauer bezeichneten Umständen die Vorschriften des § 44 Reichsmilitärgesetzes auf Personen, die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder Fahrzeuges der Kaiserlichen Marine gehören, und andere an Bord eines solchen Schiffes genommene Personen entsprechende Anwendung.[2])

---

[1]) Aus den Bestimmungen desselben mag folgendes hervorgehoben werden: 1. Die Vorrechte der Militärpersonen in Beziehung auf die Testamentserrichtung bestehen lediglich darin, daß sie in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes in erleichterter Form testieren können. Mit welchem Zeitpunkte die Befugnis einer Militärperson zur Errichtung eines privilegierten Militärtestaments beginnt, ist im Gesetze genauer festgelegt. Kriegsgefangene oder Geißeln haben die bezeichnete Befugnis, so lange sie sich in der Gewalt des Feindes befinden. 2. Für die Errichtung des privilegierten Militärtestaments sind drei Formen zur Verfügung gestellt. Es genügt: a) wenn die letztwillige Anordnung vom Testator (sei es auch ohne Angabe des Orts- und Zeitdatums) eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist; b) wenn sie vom Testator eigenhändig unterschrieben und von zwei Zeugen [die nicht die Eigenschaft von Instruments-(Solennitäts-)Zeugen zu haben brauchen] oder von einem Auditeur oder Offizier mitunterzeichnet ist; c) wenn von einem Auditeur oder Offizier unter Zuziehung zweier Zeugen oder noch eines Auditeurs oder Offiziers über die mündliche Erklärung des Testators eine schriftliche Verhandlung aufgenommen und diese dem Testator vorgelesen, sowie von dem Auditeur oder Offizier und den Zeugen, bezw. von den Auditeuren oder Offizieren unterschrieben ist. Bei verwundeten und kranken Militärpersonen können die unter b) und c) erwähnten Auditeure und Offiziere durch Militärärzte oder durch höhere Lazarettbeamte oder Militärgeistliche vertreten werden. 3. Privilegierte letztwillige Verfügungen verlieren ihre Gültigkeit mit dem Ablauf eines Jahres von dem Tage ab, an welchem der Truppenteil, zu dem der Testator gehört, demobil gemacht ist oder der Testator aufgehört hat, zu dem mobilen Tuppenteil zu gehören, oder als Kriegsgefangener oder Geißel aus der Gewalt des Feindes entlassen ist. Der Lauf der Frist wird jedoch durch anhaltende Unfähigkeit des Testators zur Errichtung einer anderweiten letztwilligen Verfügung „suspendiert", und das in privilegierter Form errichtete Testament wird trotz des Zeitablaufs nicht unwirksam, „wenn der Testator innerhalb des Jahres vermißt und in dem Verfahren auf Todeserklärung festgestellt wird, daß er seit jener Zeit verschollen ist." Beizufügen ist noch, daß nach § 20 EG. z. Mil. StPO. an die Stelle der Auditeure die Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräte getreten sind.

[2]) Vgl. auch § 184 FGbG. An Stelle der daselbst genannten Ge-

Digitized by Google

3. Nach § 1 Nr. 1 Ges. vom 28. Mai 1901, betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Angelegenheiten in Heer und Marine sind „im Felde“ [3]), beim Heere [4]), für die nach § 167 FGbG. den Amtsgerichten zustehenden Verrichtungen auch die Kriegsgerichtsräte und Oberkriegsgerichtsräte zuständig. Hierbei handelt es sich somit nicht um eine ganz eigenartige Testamentsform, [5]) sondern nur darum, daß bei den in Frage kommenden Personen und unter den angegebenen Verhältnissen an Stelle des bei der Errichtung eines ordentlichen Testaments nach § 2231 Nr. 1 zur Mitwirkung berufenen Richters eine andere Amtsperson treten kann. Das nach Maßgabe der hier einschlagenden Vorschriften errichtete Testament hat daher auch den Charakter eines in „ordentlicher Form“ (§ 2231) errichteten.

4. Den Reichskonsuln kommt nach § 16 des Ges. betreffend die Organisation der Bundeskonsulate vom 8. November 1867 [6]) innerhalb ihres Amtsbezirks hinsichtlich der Rechtsgeschäfte von Reichsangehörigen die Stellung der Notare zu; vor ihnen können daher auch Testamente und Erbverträge von Reichsangehörigen errichtet werden. Die Zuständigkeit zu dieser Mitwirkung ist übrigens für die zur Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit ermächtigten Konsuln im Gesetz vom 7. April 1900 über die Konsulargerichtsbarkeit auch noch dadurch ausgesprochen, daß sie nach § 7 Nr. 2 daselbst zu den durch Reichsgesetz den Amtsgerichten übertragenen Angelegenheiten berufen sind. Die Form und die Wirksamkeit des vor dem Konsul errichteten Testaments bestimmt sich nach dem BGB. Vgl. den durch Art. 38 EG. z. BGB. in das oben erwähnte Gesetz vom 8. November 1867 eingefügten § 17a. Im Falle des § 2249 kann in den Konsulargerichtsbezirken ein Testament auch durch mündliche

---

schwaderauditeure sind übrigens nach § 20 EG. z. Mil. StPO. die Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräte getreten.

[3]) Im Sinne des § 5 EG. z. Mil. StPO. Darnach gelten die für das „Feld“ gegebenen Vorschriften 1. für die Dauer des mobilen Zustandes des Heeres, der Marine oder einzelner Teile des Heeres oder der Marine; 2. für die Besatzung eines festen Platzes, solange derselbe vom Feinde bedroht ist.

[4]) § 5 EG. z. Mil.StPO. (vgl. vorige Anm.) kommt also hier nur insoweit in Betracht, als er sich auf das „Heer“ bezieht.

[5]) Vgl. aber doch auch § 2 des gen. Ges.

[6]) In betreff der Wahlkonsuln vgl. den dem im Texte berufenen § 16 durch Art. 38 EG. z. BGB. beigefügten Abs. 2.

Digitized by Google

Erklärung vor drei Zeugen nach § 2250 errichtet werden (§ 38 Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900).

5. In den deutschen Schutzgebieten hat die Errichtung eines Testaments in ordentlicher öffentlicher Form vor dem vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten zu erfolgen (§ 2 Schutzgebietsges. in der Fassung vom 10. September 1900 in Verbindung mit § 7 Nr. 2 des Ges. über d. Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900). Das über die Testamentserrichtung im Falle des § 2249 a. E. von Z. 4 Gesagte gilt auch hier (vgl. § 3 Schutzgebietsges.).

II. Der auf das Anerbenrecht sich beziehende Vorbehalt des Art. 64 EG. ermöglicht den Landesgesetzgebungen die Bestimmung einer besonderen Form für eine auf ein dem Anerbenrecht unterliegendes Grundstück und dessen Zubehör sich beziehende letztwillige Verfügung.[7])

III. In betreff der Form der Testamente der Landesherrn, der Mitglieder landesherrlicher Familien und der Mitglieder von den landesherrlichen gleichgestellten Familien vgl. Art. 57 bezw. Art. 58 EG. und dazu oben S. 4 d. D.

II. Inhalt des Testaments.

A. Im allgemeinen.

§ 23.

I. Das Testament kann einen sehr verschiedenen Inhalt haben und insbesondere enthalten: Erbeinsetzungen, Ernennungen von Nacherben, die Ausschließung[1]) eines Verwandten oder des Ehegatten[2])

---

[7]) In betreff des preußischen Rechtes vgl. Weißler S. 159.

[1]) Eines Rechtfertigungsgrundes zu solcher Ausschließung bedarf es nicht. Soweit der von der gesetzlichen Erbfolge infolge der Anordnung des Erblassers Ausgeschlossene pflichtteilsberechtigt ist, kann er sein Pflichtteilsrecht geltend machen. Die Ausschließung kann auch eine nur teilweise sein. Beispiel: der Erblasser bestimmt, daß einer seiner Söhne bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zwar miterben soll, aber mit Beschränkung auf die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils. Die Wirkung einer solchen Bestimmung bestreitet ohne jede Begründung Cosack II § 366, I Z. 4; der daselbst herangezogene § 1950 ist für die Entscheidung der Frage ganz belanglos.

[2]) Nicht auch des Fiskus (vgl. § 1942 Abs. 2).

Digitized by Google

von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938), Vermächtnisverfügungen, Auflagen, Anordnungen betreffend den Vorrang gewisser Vermächtnisse und Auflagen vor anderen Zuwendungen solcher Art (§ 2189), eine Stiftung, d. h. eine Verfügung, zufolge welcher eine „rechtsfähige Stiftung" entstehen soll (§ 83), Pflichtteils-Entziehungen oder -Beschränkungen (die freilich nur bei Vorhandensein der hierzu erforderlichen Voraussetzungen wirksam sind), Bestimmungen über die unter mehreren Erben zu treffende Auseinandersetzung, über die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Gaben, die der Erbe vom Erblasser voraus empfangen hat, bei der Berechnung des Erbteils, die Ernennung von Testamentsvollstreckern sowie Bestimmungen in betreff des Wirkungskreises derselben, Anordnungen über das dem Erblasser zu gewährende Begräbnis, familienrechtliche[3]) Anordnungen.[4]) Den Charakter von letztwilligen Verfügungen haben aber nicht minder Erklärungen, durch die frühere letztwillige Verfügungen widerrufen werden.

---

[3]) Vgl. hierzu die §§ 1369, 1598, 1638, 1639, 1651, 1687, 1688, 1777, 1782, 1792, 1803, 1856, 1868, 1880, 1909, 1917.

[4]) Schloßmann hat in seinem anregenden Aufsatz: „Über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel" in Iherings Jahrbüchern 2. Folge Bd. I S. 301 bis 326 die Frage aufgeworfen, wie es sich mit dieser Klausel nach dem Rechte des BGB. verhalte. Man wird zu entscheiden haben, daß eine solche Klausel bezüglich derjenigen Ansprüche vollwirksam ist, welche lediglich auf der vom Erblasser getroffenen letztwilligen Anordnung beruhen. Hierfür spricht die unveränderte Aufnahme des § 872 CPO. alter Zählung als § 1048 in die neugefaßte CPO. Aus ihr scheint geschlossen werden zu dürfen, daß der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel hinsichtlich der bezeichneten Ansprüche dieselbe Wirkung beizumessen ist, wie einem zwischen den Streitparteien geschlossenen Schiedsvertrage. Für die Wirksamkeit der Klausel mit zum Teil anderer Begründung auch die herrschende Meinung. Vgl. besonders Schloßmann S. 326; Eck, Vorträge über das R. des BGB. (1898) S. 17 Anm. 1; Planck-Ritgen, Erl. 2 zu §§ 1937 bis 1941; Gaupp-Stein, Kommentar z. CPO. 5. Aufl. II zu § 1048. Grundsätzlich anders Kipp bei W. III S. 748. Er hält die Anordnung einer schiedsgerichtlichen Entscheidung hinsichtlich der Erbfolge wegen § 2065 für ausgeschlossen und im übrigen nur insoweit für zulässig, als das Gesetz dem Erblasser ausnahmsweise gestattet (§§ 2048, 2151 bis 2156, 2192, 2193), die Bestimmung eines Dritten für maßgebend zu erklären, ferner in betreff der Entscheidung der Frage, ob die einer Erbeinsetzung beigefügte Bedingung erfüllt ist. Dieser Auffassung ist Zweifaches entgegenzuhalten. Einmal, daß sie nicht ganz konsequent ist (denn in dem von Kipp zuletzt bezeichneten Punkte entscheidet das Schiedsgericht doch über die Erbfolge). So-

Digitized by Google

Bemerkenswert ist noch folgendes: Hatte der Erblasser einen obligatorischen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, dessen Recht erst mit dem Tode des Versprechensempfängers (Erblassers) zur Entstehung gelangen soll, abgeschlossen[5]) und sich hierbei die Befugnis

---

dann, daß die Aufgabe des Schiedsrichters keineswegs in der willkürlichen Bestimmung darüber, ob eine letztwillige Verfügung des Erblassers gelten oder nicht gelten soll, bzw. in der willkürlichen Bestimmung, wer eine Zuwendung (deren Subjekt der Erblasser nicht bestimmt hat) erhalten, oder was den (vom Erblasser nicht bestimmten) Gegenstand einer Zuwendung bilden soll, sondern nur in der Entscheidung eines Rechtsstreites besteht (vgl. auch Protokolle V S. 20). Durch eine letztwillige Schiedsgerichtsklausel setzt sich der Erblasser daher auch mit der Vorschrift des § 2065 nicht in Widerspruch. In betreff der Konstruktion der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel herrscht Unsicherheit. Manche Schriftsteller (Planck-Ritgen, Gaupp-Stein) bringen sie unter den Gesichtspunkt der Auflage. Hiergegen sprechen folgende Gründe: 1. Das Recht zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage kommt lediglich den im § 2194 bezeichneten Personen zu. Aus der Anwendung dieser Bestimmung auf die letztwillige Schiedsgerichtsklausel würde sich daher ergeben, daß diejenigen (z. B. Vermächtnisnehmer untereinander), deren Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden sollen, sich auf die Schiedsgerichtsklausel unter Umständen garnicht berufen könnten. Das ist unannehmbar. 2. Es entspricht dem Wesen der Sache, daß die letztwillige Schiedsgerichtsklausel für die Beteiligten nicht stärker wirkt als ein zwischen ihnen geschlossener Schiedsvertrag. Es muß den Parteien daher trotz der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel frei stehen, ihren Rechtsstreit (einverständlich) vor dem ordentlichen Gericht zu führen. Das Recht der Auflage erweist sich also auch hier als undurchführbar. 3. Nach dem Rechte der Auflage würde die vom Erblasser letztwillig getroffene Bestimmung, daß Streitigkeiten zwischen dem eingesetzten Erben und den mit Vermächtnissen Bedachten vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden sollen, vom beschwerten Erben schon durch ein mit demjenigen, welchem die Erbschaft beim Wegfall des ersteren zukommen würde (vgl. § 2194 und unten § 38 d. D.), getroffenes Abkommen praktisch illusorisch gemacht werden können. Auch dieses Ergebnis ist sachwidrig. Die weiter oben vertretene Auffassung vermeidet dagegen alle diese Schwierigkeiten. Über einen verwandten Fall, in dem sich an eine letztwillige Anordnung die gleiche Wirkung knüpft wie an einen zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrag, vgl. die Ausführung zu § 2044 in § 65 d. D.

[5]) Eindringende und mit lebhaftem Danke zu begrüßende Ausführungen widmet den Verträgen dieser Art Hellwig in seinem (bereits oben S. 23 Anm. 40 berufenen) Buche über die Verträge auf Leistung an Dritte S. 350 ff. Er erblickt in der dem Dritten durch einen Vertrag, für den die Bestimmung des § 331 Abs. 1 zutrifft, vermittelten Zuwendung einen dem römischen fideicommissum a debitore relictum (vgl. l. 26 pr. D. 16. 3 und l. 77 D. 30) ana-

Digitized by Google

vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einem Testamente geschehen. (§ 332).

---

logen Vorgang (vgl. aber auch Kipp bei W. II § 316 Anm 4a und dagegen wieder Hellwig, Rechtskraft S. 280 Anm. 5) und spricht mit bezug auf sie von einer durch eine eigenartige Verfügung von Todeswegen bewirkten „letztwilligen Zuwendung". Dem gegenüber ist ohne weiteres zuzugeben, daß eine derartige Zuwendung manche Berührungspunkte mit der vermächtnisweisen Zuwendung hat. Zugleich ist aber wohl zu beachten, daß die Ausdrücke „Verfügung von Todeswegen" und „letztwillige Zuwendung" im BGB. technische Bedeutung haben und daß es deshalb nicht angängig ist, dieselben zur Bezeichnung eines Geschäftes zu verwenden, das „Verfügung von Todeswegen" und „letztwillige Zuwendung" im technischen Sinne gewiß nicht ist. Folgende Gegensätze mögen insbesondere hervorgehoben werden: 1. Eine letztwillige Zuwendung kann nur von einem testierfähigen Erblasser und auch von diesem nur persönlich angeordnet werden; bei den uns hier beschäftigenden Zuwendungen kommt dagegen grundsätzlich auf die Testierfähigkeit des Versprechensempfängers und dessen persönliche Mitwirkung beim Vertragsabschluß, bzw. darauf, daß die in Gestalt einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Lebenden erfolgende spätere Bezeichnung des Dritten von dem im testierfähigen Zustande sich befindenden Versprechensempfänger selbst ausgeht, nichts an. (Anders verhält es sich selbstverständlich, wenn die Bezeichnung des bezugsberechtigten Dritten nach Maßgabe des § 332 „in einer Verfügung von Todeswegen geschieht".) 2. Die für die Errichtung letztwilliger Verfügungen maßgebende Form spielt, soweit nicht die Vorschrift des § 332 eingreift, in den Fällen des § 331 keine Rolle. Vgl. auch Hellwig S. 357. 3. Infolge von letztwilligen Zuwendungen, die nicht Erbeinsetzungen (oder Nacherbenernennungen) sind und die sich auch nicht als Beschwerungen eines Vermächtnisnehmers darstellen, entstehen Nachlaßverbindlichkeiten. In den Fällen des § 331 erwächst dagegen dem Dritten niemals ein Anspruch gegen den Nachlaß, sondern immer nur gegen denjenigen, welcher sich zur Bewirkung der Leistung vertragsmäßig verpflichtet hatte. Vgl. auch Hellwig S. 360, 361. 4. Ein in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkter aber testierfähiger Erblasser kann hinsichtlich einer ihm zustehenden Forderung zweifellos eine letztwillige Vermächtnisverfügung treffen, er kann dagegen wegen der hierbei eingreifenden Vorschrift des § 107 (vgl. auch Hellwig S. 61 ff.) auf eigene Faust mit seinem Schuldner nicht mit Wirksamkeit vereinbaren, daß der letztere verpflichtet sein solle, den geschuldeten Betrag statt an den bisherigen Gläubiger nach dessen Tode an einen Dritten zu bezahlen. 5. Nach § 2289 wird durch den Erbvertrag eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Die Voraussetzung dieser Bestimmung ist zweifellos gegeben, wenn der Erblasser vor der Bestellung eines Vertragserben eine letztwillige Verfügung errichtet hatte, laut welcher er dem X 10000 vermacht. Für ihr Eingreifen ist dagegen

Digitized by Google

II. Während nach römischem und gemeinem Rechte die Erbeinsetzung den wesentlichen Inhalt des Testaments bildet, so daß ohne sie auch die übrigen testamentarischen Anordnungen nicht bestehen können, braucht das Testament des BGB. eine Erbeinsetzung überhaupt nicht zu enthalten und ist die Wirksamkeit der im Testamente neben der etwa vorhandenen Erbeinsetzung getroffenen sonstigen letztwilligen Verfügungen[6]) durch die Wirksamkeit der Erbeinsetzung grundsätzlich nicht bedingt. Um so weniger hat die Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung, die Erbeinsetzung *nicht* ist, ohne

---

sicherlich kein Raum, wenn der Erblasser vor der Errichtung des Erbvertrags gegen Einzahlung von 10000 einen Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten des X geschlossen hatte (vgl. aber doch auch Hellwig S. 389). Ungeachtet dieser und anderer Verschiedenheiten soll übrigens nicht in Abrede gestellt werden, daß einzelne für letztwillige Verfügungen im technischen Sinne geltende Bestimmungen (insbesondere Auslegungsregeln) in entsprechender Weise auch auf Zuwendungen mittels Vertrages zu Gunsten eines Dritten im Sinne des § 331 angewendet werden dürfen (vgl. auch § 41 Anm. 5); doch wird hierbei große Vorsicht zu beobachten sein. Nicht unerwähnt darf jedoch bleiben, daß sich die unter § 331 fallenden Zuwendungen von letztwilligen Zuwendungen insbesondere auch durch das Ausgeschlossensein des freien Widerrufs unterscheiden können. Es ist nämlich sehr wohl möglich, daß dem Versprechensempfänger das im § 332 erwähnte Recht, an die Stelle des zunächst bezeichneten Dritten willkürlich (d. h. ohne Zustimmung des anderen Vertragsteils) einen anderen zu setzen, fehlt. Wo dies zutrifft, liegt dann zwar keine vertragsmäßige Zuwendung von Todeswegen im technischen Sinne vor, ergeben sich aber doch gewisse Berührungspunkte mit einer solchen, insbesondere mit dem Vermächtnisvertrag zu Gunsten eines Dritten.

Endemann III S. 187 bemerkt in betreff der nach § 331 zu beurteilenden Zuwendungen: „Es handelt sich um die Bewirkung des sonst abgelehnten *dinglichen* Erwerbes einzelner Rechte auf den Todesfall." Darnach würde also z. B. darin, daß dem Dritten mit dem Tode des Versprechensempfängers der (bisher noch für niemand existent gewesene) Anspruch gegen den Versicherer auf Leistung der versicherten Summe zukommt, ein *dinglicher* Erwerb gelegen sein; dieser Sprachgebrauch dürfte sich kaum empfehlen. Eine wesentlich andere Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein auf Leistung an einen Dritten geschlossener Vertrag den Erwerb eines dinglichen Rechtes durch den Dritten auch ohne besonderen Übertragungsakt im Gefolge haben kann. Vgl. über dieses schwierige und hier nicht weiter zu verfolgende Problem Hellwig S. 344 ff. und S. 363 ff., ferner Kipp Festschrift S. 35, Beer: Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit (1900) S. 117.

[6]) Der allgemeinen Vorschrift des § 139 geht bei letztwilligen Verfügungen die im Texte hervorgehobene Sondervorschrift des § 2085 vor.

Digitized by Google

weiteres die Unwirksamkeit aller übrigen testamentarischen Anordnungen zur Folge. Soweit jedoch im Einzelfalle besondere Gründe die Annahme rechtfertigen, daß der Erblasser die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen haben würde, muß dann freilich bei Unwirksamkeit der letzteren Verfügung auch die erstere als nicht getroffen behandelt werden (§ 2085).

Hat der Erblasser einem Testamente überhaupt oder einer einzelnen letztwilligen Verfügung den Vorbehalt einer Ergänzung beigefügt, so berechtigt dies allein noch nicht zu dem Schlusse, daß die Wirksamkeit des Testaments, der einzelnen Verfügung, nach der Absicht des Erblassers von der Vornahme und Wirksamkeit der Ergänzung abhängig sein solle.[7]) Soweit aber der Erblasser eine solche Absicht zum Ausdruck gebracht hat, ist sie selbstverständlich zu berücksichtigen. Vgl. § 2086.

Der Inhalt jeder einzelnen letztwilligen Verfügung ist durch Auslegung festzustellen.[7a]) Sind verschiedene Auslegungen möglich, so ist im Zweifel derjenigen der Vorzug zu geben,[8]) bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann (§ 2084).

III. In seinem Testamente trifft der Erblasser in aller Regel Verfügungen in Ansehung seines Nachlasses. Das Testament kann aber auch Verfügungen enthalten, die den Nachlaß nicht betreffen, und mit dem Wesen des Testaments ist es nicht unverträglich, daß in demselben auf den Nachlaß sich beziehende Verfügungen überhaupt nicht enthalten sind.

Ohne Beziehung oder doch wenigstens ohne notwendige Beziehung zum Nachlaß des Testators sind z. B. die familienrechtlichen Anordnungen nach Maßgabe der §§ 1687 (Anordnung des Vaters eines Kindes, daß der Mutter, als Inhaberin der elterlichen Gewalt über das Kind, ein Beistand bestellt werde), 1688 (Anordnung über den Wirkungskreis des Beistandes), 1777 (Benennung eines Vormunds für das Kind durch den Vater oder die Mutter), 1782 (Ausschließung einer Person als Vormund für das Kind durch den Vater oder die Mutter), 1797 (Bestimmung des Vaters oder der Mutter

---

[7]) Vgl. dem gegenüber die auf einem wesentlich anderen Standpunkt stehende Bestimmung des § 154.

[7a]) Vgl. hierzu Kohler im Arch. f. die Praxis Bd. 90 S. 118.

[8]) Vgl. auch l. 19 D. 28. 2 und l. 5 D. 29. 3.

Digitized by Google

über die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen von ihnen benannten mehreren Vormündern oder in betreff der Verteilung der Geschäfte unter mehrere Vormünder), 1856 (Anordnungen des Vaters oder der Mutter in betreff einer befreiten Vormundschaft), 1868, 1880 (Anordnungen des Vaters oder der Mutter in betreff eines Familienrates).

Nach Maßgabe der §§ 1511 bis 1516 kann bei vereinbarter ehelicher Gütergemeinschaft jeder Ehegatte für den Fall, daß mit seinem Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt, unter Zustimmung des anderen Ehegatten die daselbst bezeichneten Verfügungen letztwillig treffen. Um eine den Nachlaß betreffende Verfügung handelt es sich aber auch hier nicht; denn nach § 1483 gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut bei der vorausgesetzten Sachlage nicht zu dessen Nachlaß.

Eine Beziehung zum Nachlaß fehlt regelmäßig auch einer nach Maßgabe des § 332 getroffenen Bestimmung.[9]) Denn das, was laut des vom Erblasser geschlossenen Vertrags dem in diesem bereits benannten Dritten mit des Erblassers Tode zufallen soll, kommt in aller Regel als Bestandteil des Nachlasses des Testators nicht mehr in Betracht. Und indem der Erblasser an Stelle des im Vertrage benannten Dritten durch testamentarische Anordnung einen anderen setzt, verfügt er über etwas, was in den Regelfällen auch ohne die getroffene Verfügung zum Nachlaß gar nicht gehören würde. Anders verhält es sich jedoch in folgenden Fällen:

1. Wenn in dem geschlossenen Vertrage ganz allgemein die Erben des Versprechensempfängers als die berechtigten Dritten bezeichnet worden sind. Dafern es hierbei bliebe, würde die Leistung des Versprechenden an die Erben den Nachlaß vergrößern. Setzt der Erblasser hier anstatt seiner Erben einen anderen Dritten, so schließt er dadurch die sonst eintretende Vergrößerung seines Nachlasses aus.

2. Setzt der Erblasser in der von ihm nach § 332 in Testamentsform getroffenen Bestimmung an Stelle des im Vertrage benannten Dritten seine Erben, so führt er hierdurch eine Vergrößerung seines Nachlasses herbei.

---

[9]) Vgl. über die einschlagenden Fragen auch den lehrreichen Aufsatz von Ehrenberg: Wichtige Probleme des Lebensversicherungsrechtes in Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 341, ferner RGE. Bd. 51 S. 403 (dazu § 80 d. D.).

Digitized by Google

Selbst wenn aber die nach § 332 erfolgende Bestimmung nach den bezeichneten Richtungen hin eine Beziehung zum Nachlasse des die Bestimmung Treffenden erhält, so liegt in ihr doch noch immer nicht eine Verfügung in Ansehung eines wirklichen Bestandteils des Nachlasses,[10]) sondern nur die Ausübung eines vertragsmäßigen Bestimmungsrechtes in Form einer letztwilligen Verfügung. Die in Testamentsform wirksam getroffene Bestimmung hat daher auch rechtlich ganz dieselbe Bedeutung, als ob sie unter Lebenden durch eine dem anderen Vertragschließenden gegenüber abgegebene Erklärung erfolgt wäre. Daß dies auch die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich aus der im § 332 gebrauchten Wendung: „so kann dies (nämlich die Bezeichnung eines anderen statt des im Vertrage selbst genannten forderungsberechtigten Dritten) auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen". Offenbar vermeidet das Gesetz hier die Ausdrucksweise „durch Verfügung von Todeswegen" gerade deshalb, weil diese den Schluß nahe gelegt hätte, daß es sich um eine Verfügung über einen zum Nachlaß gehörenden Gegenstand handle. Unrichtig wäre es aber, wenn aus der Wendung: „in einer Verfügung von Todeswegen" gefolgert werden wollte, daß eine testamentarische Bestimmung im Sinne des § 332 nur in einem Testamente getroffen werden könne, das wenigstens eine wirksame letztwillige Verfügung im technischen Sinne, sei es in Ansehung des Nachlasses, sei es in Ansehung der Ordnung der Familienverhältnisse, enthält.

IV. Wenn schon dem Erblasser durch sein Testierrecht in weitem Umfange die Möglichkeit eröffnet ist, seinen Willen auch für die Zeit nach seinem Tode zur Geltung zu bringen, so ist ihm doch nicht die Anordnung gestattet, daß in dieser Beziehung statt seines Willens der Wille eines anderen maßgebend sein solle. In Konsequenz hiervon kann der Erblasser eine letztwillige Verfügung auch nicht in der Weise treffen, daß ein anderer, sei es nach reiner Willkür, sei es nach vernünftigem oder billigem Ermessen[11]) zu bestimmen hat, ob

[10]) Eine vermächtnisrechtliche Verfügung in Ansehung eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes liegt dagegen allerdings dann vor, wenn der Erblasser z. B. letztwillig anordnet, daß der Erbe einen ihm aus einem vom Erblasser geschlossenen Lebensversicherungsvertrag in seiner Eigenschaft als Erbe zustehenden Anspruch ganz oder teilweise an einen anderen abtrete. Vgl. auch Hellwig S. 230.

[11]) Auf dem Boden des gemeinen Rechtes wird vielfach angenommen,

Digitized by Google

sie gelten oder nicht gelten soll,[12]) und kann er ebensowenig die Bestimmung der Person, welcher eine Zuwendung zukommen soll, oder des Gegenstandes der Zuwendung einem anderen überlassen (§ 2065). Ganz ausnahmelos wird dies freilich nicht durchgeführt. Denn nach den §§ 2151, 2152 ist es dem Erblasser gestattet, mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise zu bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von diesen mehreren das Vermächtnis bzw. was jeder von ihnen erhalten soll. Bei Vermächtnissen und Auflagen ferner, deren Zweck der Erblasser bestimmt hat, kann er die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen (§§ 2156, 2192) und bei Auflagen kann er unter derselben Voraussetzung auch die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten anheimstellen (§ 2193). Vgl. ferner §§ 2072, 2198 bis 2200, 2048.

Den auf zwingender Rechtsvorschrift beruhenden Eintritt der Gesamtnachfolge in seinen Nachlaß kann der Erblasser weder ausschließen, noch auf einen späteren Zeitpunkt als den des Erbfalls hinausschieben.

Fortsetzung (Die Zuwendungen).

§ 24.

I. Enger als der Begriff der letztwilligen Verfügung ist der

---

daß die Geltung einer letztwilligen Verfügung auf das vernünftige Ermessen eines anderen gestellt werden kann; vgl. z. B. Dernburg Pand. III § 76. Für das BGB. ergibt sich die Entscheidung des Textes mit Sicherheit aus § 2065 (vgl. auch Protokolle V S. 19).

[12]) Als unwirksam muß daher auch eine letztwillige Verfügung betrachtet werden, der eine auf das sogenannte nackte Wollen (si Titius voluerit) eines anderen gestellte Bedingung beigefügt ist. Nicht anders kann es sich verhalten, wenn die Beifügung der auf ein sonstiges willkürliches Handeln eines anderen abgestellten Bedingung offensichtlich nur eine Umgehung der Vorschrift des § 2065 bezweckt. Vgl. auch Protokolle V S. 19. Durch § 2065 nicht ausgeschlossen ist dagegen die vom Erblasser im Falle einer bedingten Zuwendung getroffene Bestimmung, daß die Entscheidung darüber, ob die Bedingung erfüllt sei, dem Beschwerten oder einem Dritten zustehen solle. Denn der zur Entscheidung Berufene hat hier nicht zu bestimmen, was der Erblasser selbst zu bestimmen gehabt hätte, sondern er hat nach Art eines Schiedsrichters zu entscheiden. Vgl. Protokolle V S. 20.

Digitized by Google

der letztwilligen[1]) Zuwendung. Als solche stellt sich nur dar die (letztwillige) Einsetzung eines Erben, die Ernennung eines Nacherben und die Anordnung eines Vermächtnisses. Den durch eine letztwillige Zuwendung Begünstigten bzw. auf Grund derselben Berechtigten bezeichnet das BGB. ganz allgemein als den „Bedachten".[2])

Bedenken kann der Erblasser nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen.[3]) Die bedachte juristische Person kann auch eine auf einem Stiftungsgeschäfte des Erblassers beruhende und nach dessen Tode erst noch zu genehmigende Stiftung sein. Vgl. hierzu §§ 83, 84 und das bereits oben § 3 IV Ausgeführte. Hat der Erblasser einen nicht rechtsfähigen Verein oder ein Sammelvermögen im Sinne des § 1914 „bedacht", so kann die Zuwendung so, wie sie erklärt ist, nicht aufrecht erhalten werden. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2084 wird man aber der Absicht des Erblassers nach Möglichkeit wenigstens indirekt gerecht zu werden versuchen müssen, und zwar im Falle der Bedenkung eines nicht rechtsfähigen Vereins etwa in der Art, daß man die Mitglieder des Vereins als bedacht ansieht, jedoch unter Beifügung der Auflage der Verwendung des Zugewendeten für den Vereinszweck[3a]), und im Falle der Be-

---

[1]) Von den erbvertragsmäßigen Zuwendungen ist hier noch nicht zu reden. Vgl. aber vorläufig § 2279.

[2]) „Bedachter" im Sinne des Gesetzes ist also nicht, wer etwas lediglich infolge der Vollziehung einer vom Erblasser angeordneten Auflage erhält. Vgl. § 2192.

[3]) In betreff der Schranken, welche dem Erwerb des Bedachten durch landesgesetzliche Vorschriften gezogen sein können, vgl. oben § 3 III.

[3a]) Der Erwägung bedürfen noch folgende Punkte: 1. Kann die Verfügung des Erblassers als eine solche behandelt werden, vermöge deren die Erbschaft bzw. die Vermächtnisforderung ohne weiteres Vereinsvermögen wird? Dies muß schon deshalb verneint werden, weil die Bejahung durch die Vorschriften über die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses (vgl. §§ 1942 bis 1947, 2180) und im Falle einer Erbeinsetzung auch durch die von den Vorschriften des Gesellschaftsrechts (§§ 718 ff.) abweichenden Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff.) ausgeschlossen ist. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Goldmann-Lilienthal, Das BGB. systematisch dargestellt I S. 97 Anm. 9. Anders Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. (1902) S. 21 Anm. 31, nicht auch Eck, Vorträge S. 80 Anm. 2, der den Punkt unentschieden läßt. 2. Sind im konkreten Falle die Vereinsmitglieder in der im Texte angegebenen Weise als bedacht anzusehen, so wird man, hierin über das Recht der Auflage hinausgehend,

Digitized by Google

denkung eines Sammelvermögens derart, daß man in der Verfügung eine den Erben oder einen Vermächtnisnehmer belastende Auflage erblickt.

Ein auf die Person des Bedachten sich beziehender Satz von durchgreifender Bedeutung ergibt sich noch daraus, daß die Wirksamkeit von letztwilligen Zuwendungen keinesfalls vor dem Erbfall eintreten kann. Ihr Wirksamwerden ist daher immer ausgeschlossen, wenn die bedachte natürliche Person vor dem Erbfall gestorben ist oder die bedachte juristische Person vor diesem Zeitpunkte zu bestehen aufgehört hat (§§ 1923, 2160).

II. Auf Zuwendungen aller Art beziehen sich die teils als Auslegungsregeln teils als Vorschriften ergänzender Natur[4])

doch anzunehmen haben, daß jedes bedachte Mitglied dem anderen gegenüber zum Verlangen auf Verwendung des Zugewendeten zum Vereinszweck berechtigt ist. Die Heranziehung des Rechtes der Auflage ist aber trotzdem nicht überflüssig. Denn wenn die bedachten Vereinsmitglieder dem Zugewendeten eine der Absicht des Erblassers offenbar widersprechende Verwendung geben, so greift § 2196 durch. 3. Unter Umständen wird man dem Willen des Erblassers am besten gerecht werden, wenn man die Bedenkung eines nicht rechtsfähigen Vereins überhaupt nicht als „Zuwendung", also auch nicht als solche an die Vereinsmitglieder, sondern lediglich als eine den Erben oder einen Vermächtnisnehmer belastende Auflage behandelt. Ganz anders Josef S. 228 ff. (vgl. oben S. 28 Anm. 5), der letztw. Zuwendungen an nicht rechtsfähige V. für schlechthin unwirksam erklärt.

[4]) Der Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen von Rechtssätzen [vgl. darüber Planck I Einleitung unter IV, Danz a. d. Anm. 6 a. O. S. 96, Stammler, Recht der Schuldverhältnisse (1897) S. 55 ff., Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht im BGB. (1899) S. 42, Dernburg, Bürgerliches Recht I S. 53] beruht darauf, daß die Auslegungsregel das Vorhandensein einer auszulegenden rechtsgeschäftlichen Erklärung voraussetzt, während der ergänzende Rechtssatz nur insoweit eingreift, als es an einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung fehlt. Innerhalb der nur ergänzenden Vorschriften bestehen übrigens selbst wieder Verschiedenheiten. Gewisse ergänzende Vorschriften verfolgen den Zweck der Ergänzung eines zur Geltung zu bringenden Parteiwillens hinsichtlich der rechtsgeschäftlich nicht besonders bestimmten Punkte, andere gleichfalls ergänzende (subsidiäre) Vorschriften bestimmen das von der Rechtsordnung für zweckmäßig Erachtete dort, wo es an einem Parteiwillen gänzlich fehlt und ein solcher daher auch nicht ergänzt werden kann. Ergänzende Rechtssätze der letzteren Art sind insbesondere die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge. Rechtssätze der ersten Art kommen dagegen den bloßen Auslegungsregeln dann überaus nahe, wenn sie, wie das gerade im Erbrecht nicht selten der Fall ist, bestimmen wollen, was dem vermutlichen Willen des Erklärenden entspricht. Daraus allein, daß die eine Vor-

Digitized by Google

gefaßten[5]) Bestimmungen der §§ 2066 bis 2073.[6]) Über sie ist im einzelnen zu bemerken:

1. Der Erblasser muß seinen Zuwendungswillen mit hinreichender Bestimmtheit zum Ausdruck bringen und die Person des Bedachten deutlich bezeichnen.[7]) Namensangabe ist nicht erforderlich und bei der Bezeichnung des Bedachten unterlaufene Unrichtigkeiten sind unschädlich,[8]) dafern sich nur die vom Erblasser wirklich gemeinte Person mit Sicherheit feststellen läßt (§ 133). Trifft die vom Erblasser vorgenommene Bezeichnung des Bedachten auf mehrere Personen zu und läßt sich nicht ermitteln, wer von ihnen bedacht werden sollte, so müßte die Bedenkung nach allgemeinen Grundsätzen als unwirksam behandelt werden. Hier greift jedoch die ergänzende Vorschrift[9]) des § 2073 ein; ihr zufolge sollen in solchem Falle die

---

schrift als ergänzender Rechtssatz, die andere wieder als Auslegungsregel gefaßt ist, werden bedeutsame praktische Folgerungen noch nicht gezogen werden dürfen.

[5]) Bei Vorschriften, die als Auslegungsregeln gelten sollen, bedient sich das Gesetz regelmäßig der Wendung: „im Zweifel". Nicht Auslegungsregeln, sondern ergänzende Rechtssätze sind dagegen ausgesprochen in § 2066 Satz 1 und in § 2073.

[6]) Vgl. Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte (1897) S. 202 ff.

[7]) Certum consilium debet esse testantis heißt es bei Ulpian XXII, 4. Aus l. 19 D. 28. 5 und l. 16 D. 28. 6 hat die gemeinrechtliche Jurisprudenz den Satz abgeleitet: positus in condicione non est positus in dispositione. Er entspricht, soweit Erbeinsetzungen in Frage kommen, gewiß dem klassischen römischen Rechte. Seine Geltung für das spätere Recht wird aber mit Rücksicht auf die Verordnung der Söhne Konstantins in l. 15 C. 6. 23 von Vangerow Pand. II § 449 Anm. 1, Windscheid III § 546 Anm. 11 und Dernburg Pand. III § 77 Anm. 6 mit Recht bestritten. Nach dem BGB. unterliegt eine Anordnung der bezeichneten Art der freien Beurteilung. Beispiel: Die Anordnung des Erblassers lautet: Ich setze meinen Bruder X als Erben ein. Sollte aber dieser vor mir sterben und auch keine Nachkommenschaft hinterlassen, oder wird meine Erbschaft sowohl von meinem Bruder als auch von dessen Abkömmlingen ausgeschlagen, so soll mein gesamtes Vermögen der Gemeinde meiner Geburtsstadt zufallen. Obschon die Abkömmlinge des eingesetzten Bruders hier nur in condicione genannt sind, so wird doch nicht daran zu zweifeln sein, daß sie vom Erblasser als Ersatzerben berufen werden wollten.

[8]) Nach Maßgabe des im Texte Gesagten gilt also auch für das Recht des BGB. der Satz: falsa demonstratio non nocet. Vgl. dazu des Verfassers: Anfechtung letztwilliger Verfügungen im deutschen Entwurf (1892) S. 8.

[9]) Dafür spricht nicht nur die Fassung des § 2073, sondern auch der

Digitized by Google

mehreren Personen, auf welche die Bezeichnung gleichmäßig zutrifft, als zu gleichen Teilen bedacht gelten.[10])

2. Hat der Erblasser etwas ganz allgemein seinen „gesetzlichen Erben" zugewendet, so gelten in der Regel diejenigen als bedacht, welche zur Zeit des Erbfalls seine gesetzlichen Erben sein würden, im Falle einer Zuwendung unter einer aufschiebenden und zur Zeit des Erbfalls noch schwebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines zu dieser Zeit noch nicht eingetretenen Anfangstermins aber im Zweifel diejenigen, welche seine gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser erst zur Zeit des Eintritts des Ereignisses, Anfangstermins gestorben wäre. Stellen sich hiernach mehrere Personen als bedacht heraus, so gebührt ihnen die Zuwendung nach Verhältnis der gesetzlichen Erbteile. Vgl. § 2066. Dieselbe Behandlung hat im Zweifel auch einzutreten, wenn der Erblasser schlechthin „seine Verwandten" oder „seine nächsten Verwandten" bedacht hat.[11]) Nur ist zu beachten, daß durch solche Bezeichnung der überlebende Ehegatte nicht mitgetroffen ist; doch wird sich unter Umständen eine ausdehnende Auslegung rechtfertigen lassen. Vgl. § 2067.

3. Bei einer vom Erblasser ohne nähere Bestimmung zu Gunsten seiner „Kinder" getroffenen Verfügung entsteht zunächst die Frage, ob darunter nur die Kinder im e. S., also die Abkömmlinge ersten Grades, oder nicht unter Umständen auch Abkömmlinge entfernteren Grades zu verstehen sind. Das Gesetz entscheidet mit Recht in letzterem Sinne. Ist insbesondere ein Kind vor der Errichtung

---

Umstand, daß die Anwendung der Vorschrift demjenigen niemals vollkommen entsprechen kann, was der Erblasser wirklich gewollt hat. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. z. § 2073. Die Verwandtschaft mit einer Auslegungsregel tritt aber wieder darin hervor, daß § 2073 es in aller Regel als der Absicht des Erblassers entsprechender erachtet, wenn dessen buchstäblich nicht ausführbare Anordnung in der im Texte bezeichneten Weise umgedeutet, als wenn sie als unwirksam behandelt wird. Mit Rücksicht hierauf wurde in der 2. Aufl. d. B. S. 72 von einer „benigna interpretatio des § 2073" gesprochen und bezeichnen auch die Protokolle V S. 22 unsere Vorschrift als „Auslegungsregel".

[10]) Über die Behandlung alternativer Zuwendungen vgl. einerseits § 26 VII und andererseits § 29 (S. 207) d. D.

[11]) Keine Entscheidung trifft das Gesetz für den Fall, daß der Erblasser „seine Geschwister" bedacht hat. Ob und inwieweit die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge auch hier zur Anwendung zu bringen sind, unterliegt der freien Beurteilung.

Digitized by Google

des Testaments mit Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben, so hat man nach § 2068 im Zweifel anzunehmen, daß diese Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle des Kindes treten würden. Eine weitere Auslegungsregel greift für den Fall ein, daß ein Abkömmling des Erblassers, hinsichtlich dessen feststeht, daß er von diesem bedacht werden wollte, nach der Errichtung des Testaments[12]) wegfällt. Nach § 2069 ist hier im Zweifel[13] anzunehmen, daß zu Gunsten der Abkömmlinge des weggefallenen Abkömmlings, soweit sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden, eine Ersatzberufung (Vulgarsubstitution) verfügt ist.

4. Verfügungen, die der Erblasser zu Gunsten der Abkömmlinge eines Dritten ohne weitere Bestimmung getroffen hat, unterliegen im allgemeinen der durch Auslegungsregeln nicht gebundenen freien Beurteilung.[14]) Nur nach einer Richtung hin erledigt das Gesetz einen bei so beschaffenen Zuwendungen sich leicht ergebenden Zweifel. Hat ein Erblasser z. B. schlechthin die Kinder seines Freundes N

a) unbedingt und unbefristet oder

b) unter Beifügung einer zur Zeit des Erbfalls noch schwebenden aufschiebenden Bedingung oder eines zu dieser Zeit noch nicht eingetretenen Anfangstermins bedacht, so wird man nicht fehlgehen, wenn man im Falle a) die zur Zeit des Erbfalls und im Falle b) die zur Zeit des Eintritts der Bedingung, des Anfangstermins bereits erzeugten Kinder des N als bedacht ansieht. Zweifelhafter ist, wie es in betreff derjenigen Kinder des N gehalten werden soll, die erst nach den bezeichneten Zeitpunkten erzeugt worden sind. Man könnte hier daran denken, daß die zunächst zum Erwerbe gelangenden Kinder des N ihren später erzeugten Geschwistern bei deren Geburt entsprechende Anteile von dem Zugewendeten abzugeben haben, so

---

12) Diesem Falle ist übrigens nach der zutreffenden Ausführung von Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2069 sicherlich der weitere Fall gleichzustellen, wo der vom Erblasser bedachte Abkömmling zwar schon vor der Testamentserrichtung weggefallen war, aber ohne daß der Erblasser hiervon zur Zeit der Testamentserrichtung Kenntnis hatte.

13) Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2069 spricht der Bestimmung des § 2069 trotz ihrer Fassung den Charakter einer wahren Auslegungsregel ab und erblickt in ihr nur eine gesetzliche Willensergänzung. Vgl. dazu Anm. 4 a. E.

14) Auf Grund dieser werden aber unter Umständen doch ähnliche Ergebnisse gewonnen werden können wie in den Fällen der §§ 2068, 2069.

Digitized by Google

daß also den letzteren die Stellung von Nacherben oder Nachvermächtnisnehmern zukommen würde. Die andere mögliche Entscheidung ist, daß in unserem Falle die nacherzeugten Kinder des N als mitbedacht gar nicht anzusehen sind. Die Auslegungsregel des § 2070 spricht sich für das letztere aus; denn ihr zufolge ist bei Zuwendungen der angegebenen Art im Zweifel anzunehmen, daß diejenigen Abkömmlinge des Dritten nicht bedacht sind, welche in dem vorhin unter a) angegebenen Falle zur Zeit des Erbfalls und in dem Falle b) zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins noch nicht erzeugt sind.

Eine bemerkenswerte Konsequenz dieser Entscheidung tritt dann hervor, wenn zu der im § 2070 für maßgebend erklärten Zeit Abkömmlinge des Dritten überhaupt noch nicht erzeugt sind, wohl aber später erzeugt werden. Die Anwendung unserer Auslegungsregel führt hier zu einem Ergebnisse, das einer anderen Auslegungsregel — nämlich der des § 2084 — zu widersprechen scheint. Denn nach § 2070 hat man sich in dem von uns vorausgesetzten Falle „im Zweifel" dafür zu entscheiden, daß die nacherzeugten Abkömmlinge nicht bedacht sind und die Verfügung des Erblassers somit der Wirksamkeit entbehrt. Nach § 2084 hat man dagegen, wenn eine letztwillige Verfügung mehrere Auslegungen zuläßt, „im Zweifel" diejenige vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann; ein solcher würde aber offenbar vorhanden sein, wenn man die Zuwendung als eine auch zu Gunsten der nacherzeugten Abkömmlinge des Dritten oder wenigstens zu Gunsten des ersterzeugten dieser Abkömmlinge wirksame behandelte.

Woran hat man sich zu halten? Liegt der Fall so, daß er durch die Auslegungsregel des § 2070 überhaupt getroffen wird, so wird man diese nicht zur Hälfte, sondern ganz zur Anwendung bringen müssen, also nicht nur in dem Sinne, daß nacherzeugte Abkömmlinge des Dritten im Zweifel als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer der im entscheidenden Zeitpunkte bereits vorhandenen Abkömmlinge nicht in Betracht kommen, sondern auch in dem Sinne, daß die Verfügung im Zweifel wirkungslos ist, wenn in dem nach Lage der Umstände maßgebenden Zeitpunkte Abkömmlinge des Dritten überhaupt noch nicht erzeugt sind. Insoweit muß also die Auslegungsregel des § 2084 hinter der des § 2070 zurück-

Digitized by Google

treten.[14a]) Bevor man sich jedoch im einzelnen Falle für die Anwendbarkeit des § 2070 und damit zugleich für die hervorgehobene Konsequenz entscheidet, wird man große Vorsicht zu beobachten haben. Denn gerade in solchen Fällen, wo von den Abkömmlingen eines Dritten zur Zeit des Erbfalls noch keiner erzeugt ist, wird die Lage der Umstände nicht allzuselten zu dem Schlusse berechtigen, daß der Erblasser mit der Möglichkeit einer dem Erbfall erst nachfolgenden Erzeugung dieser Abkömmlinge geradezu gerechnet hat und also auch diese nacherzeugten Abkömmlinge bedenken wollte. Der im § 2070 vorausgesetzte Zweifelsfall liegt dann gar nicht vor, und es entfällt daher auch die Anwendung der auf ihn sich beziehenden Auslegungsregel.

Kurzer Erörterung bedarf jetzt noch folgender Punkt: Wenn § 2070 von Abkömmlingen eines „Dritten" redet, so versteht er unter dem Dritten eine Person, die nicht Abkömmling des Erblassers ist. Durch unsere Bestimmung völlig unberührt bleiben also Verfügungen, laut deren der Erblasser ohne nähere Bestimmung die Abkömmlinge etwa seines Sohnes bedenkt. Wie ist also der im § 2070 hinsichtlich der Abkömmlinge eines Dritten erledigte Zweifel hier zu lösen? Das Gesetz gibt uns hierauf keine Antwort. Man könnte vielleicht geneigt sein, ein argumentum a contrario für gerechtfertigt zu halten und demgemäß in entgegengesetztem Sinne zu entscheiden. Allein dies wäre unrichtig. Daraus allein, daß eine Auslegungsregel nur für eine bestimmte Gruppe aufgestellt ist, darf noch nicht gefolgert werden, daß sie in betreff der von ihr nicht getroffenen Fälle in ihr Gegenteil zu verkehren ist. Wir haben uns vielmehr dahin zu bescheiden, daß das Gesetz hier auf die Aufstellung einer Auslegungsregel völlig verzichtet hat. Ja es darf sogar gesagt werden, daß naheliegende Erwägungen im Falle der Bedenkung der Abkömmlinge eines Abkömmlings des Erblassers nicht selten zu einem der Vorschrift des § 2070 entsprechenden Ergebnisse führen werden.[15])

[14a]) Scheinbar anders Peiser S. 18 Anm. 20. Sachlich kommt er auf dasselbe hinaus, was im Texte weiter ausgeführt ist.

[15]) Beispiel: Der Erblasser schließt seinen einzigen Sohn von der Erbfolge aus, entzieht ihm gerechtfertigterweise auch den Pflichtteil und bestimmt, daß die Erbschaft den Abkömmlingen seines Sohnes zufallen solle. Hier liegt es doch wohl am nächsten, wenn angenommen wird, daß statt des ausgeschlossenen Sohnes nur diejenigen Abkömmlinge desselben erben sollen,

Digitized by Google

Trotzdem ist der Mangel einer auf unsere Fälle sich beziehenden Auslegungsregel nicht ohne praktische Bedeutung. Denn wenn an Stelle der Gebundenheit an die Regel des § 2070 die volle Freiheit der Auslegung tritt, so wird man sich doch in diesen Fällen viel leichter zu einer über die zurückhaltende Vorschrift des § 2070 hinausgehenden Entscheidung entschließen können, als in den Fällen der Bedenkung der Abkömmlinge eines Dritten.

5. Verhältnismäßig häufig sind Verfügungen, durch die der Erblasser ohne nähere Bestimmung

a) eine bestimmte Klasse von Personen, z. B. seine Klubgenossen, oder

b) Personen, die zu ihm in einem Dienst- oder Geschäftsverhältnisse stehen, oder

c) die Armen

bedenkt.

In den Fällen a) und b) ist im Zweifel anzunehmen, daß diejenigen bedacht sind, welche zur Zeit des Erbfalls der bezeichneten Klasse angehören oder in den bezeichneten Verhältnissen stehen (§ 2071), und im Falle c), daß die öffentliche Armenkasse der Gemeinde, in deren Bezirk der Erblasser seinen letzten Wohnsitz gehabt hat, unter der Auflage bedacht ist, das Zugewendete unter Arme zu verteilen (§ 2072).

Fortsetzung (Bedingungen und Befristungen).

§ 25.

In letztwilligen Verfügungen spielen Bedingungen und Befristungen eine nicht unerhebliche Rolle.[1]) Für sie gelten im all-

---

welche bei der gesetzlichen Erbfolge und nach den Grundsätzen des Pflichtteilsrechtes (§ 2309, vgl. aber auch § 2338) an dessen Stelle treten würden, so daß also die Zuwendung den nach dem Erbfall erst erzeugten Abkömmlingen des ausgeschlossenen Sohnes nicht mehr zu statten kommt.

[1]) Die Beifügung einer Bedingung erfolgt bei letztwilligen Verfügungen nicht selten in Gestalt der sog. privatorischen Klausel. Man versteht darunter die vom Erblasser getroffene Anordnung, daß der Bedachte das ihm Zugewendete nicht erhalten oder nicht behalten soll, wenn er dem letzten Willen des Erblassers nach bestimmten Richtungen hin z. B. durch Nichterfüllung einer Auflage nicht gerecht wird. Auf die Behandlung der privatorischen Klausel sich beziehende Vorschriften wurden in das Gesetz mit

Digitized by Google

gemeinen die für rechtsgeschäftliche Bedingungen und Befristungen überhaupt maßgebenden Grundsätze.[2]) Es fehlt aber doch nicht ganz an Besonderheiten. Darnach gewinnt man folgende Ergebnisse:

I. Bedingungen.

1. Letztwillige Verfügungen vertragen nicht nur die Beifügung aufschiebender, sondern auch die auflösender Bedingungen; letzteres gilt im Gegensatz zum römischen Rechte auch bei Erbeinsetzungen (§§ 2103, 2104).

2. Die Bedingtheit einer Verfügung braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, und die Auslegung kann daher, selbst wenn sich der Erblasser des Ausdrucks „Bedingung" gar nicht bedient hat, doch zu dem Ergebnisse führen, daß die Verfügung nur als eine bedingte gewollt ist. Für eine Gruppe von hierher gehörenden typischen Fällen enthält § 2077 eine wichtige Auslegungsregel.[3]) Sie bezieht sich auf Verfügungen, durch die der Erblasser seinen Ehegatten oder seinen Verlobten bedacht hat, und beschäftigt sich mit der Frage, wie es mit der Wirksamkeit solcher Verfügungen gehalten werden soll, wenn die Ehe nichtig oder die Ehe, das Verlöbnis vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist, oder wenn — denn dieser Fall wird für unsere Frage der Auflösung der Ehe gleichgestellt — der Erblasser zur Zeit seines Todes Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu verlangen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits erhoben hatte. Das Gesetz geht bei der Behandlung dieser Fälle von der Auffassung aus, daß der Erblasser den Ehegatten in aller Regel nur als solchen, nicht schlechtweg, m. a. W. nur unter der, wenn auch nicht ausgedrückten, so doch meist selbstverständlichen Bedingung[4]) bedenken wollte, daß die Ehe nicht nichtig

---

Recht nicht aufgenommen (vgl. Motive V S. 22). Die rechtliche Beurteilung der Klausel hängt wesentlich davon ab, wie sie im konkreten Falle gefaßt und worauf sie gestellt ist.

[2]) Wohl zu beachten ist jedoch, daß eine bedingte letztwillige Verfügung niemals eine bedingte Verfügung über einen Gegenstand im Sinne des § 161 ist. Dies wird von Boehm S. 50 verkannt.

[3]) Die Fassung des Abs. 1 und 2 des § 2077 weist freilich mehr auf einen ergänzenden Rechtssatz als auf eine Auslegungsregel hin; vgl. aber auch Abs. 3 und dazu Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2077.

[4]) Vgl. auch des Verfassers Schrift, Anfechtung letztw. Verfügungen

Digitized by Google

und das eheliche Verhältnis, das Verlöbnis[5]) auch nicht vor seinem (des Erblassers) Tode aufgelöst worden ist. Demgemäß sind Verfügungen der bezeichneten Art bei Eintritt der vorerwähnten Umstände im Zweifelsfalle als unwirksam[6]) zu behandeln. Diese Auslegungsregel findet jedoch insoweit keine Anwendung, als besondere Gründe die Annahme rechtfertigen, daß die Absicht des Erblassers eine weitergehende ist.[7]) Beispiel: Ein Erblasser, der weiß, daß er mit der B nur in Scheinehe lebt, setzt seine „Ehegattin" B als Erbin ein. Nach des Erblassers Tode tritt die wirkliche Beschaffenheit seines Verhältnisses zu der B zu Tage. Bei solcher Lage der Dinge wird man mit Sicherheit annehmen können, daß die Wirksamkeit der Verfügung durch die Nichtigkeit der Ehe nicht ausgeschlossen wird.

3. Ist die aufschiebende Bedingung, unter der jemand als Erbe eingesetzt ist, zur Zeit des Erbfalls noch in der Schwebe, so tritt eine wesentlich andere Behandlung ein als nach römischem und gemeinem Rechte. Nach dem letzteren wird in solchem Falle bis zu dem Zeitpunkte, in welchem sich entscheidet, daß die Bedingung erfüllt oder ihre Erfüllung vereitelt ist, niemand zur Erbfolge berufen. Nach dem BGB. (§ 2105) kommt es dagegen hier vorerst zur gesetzlichen Erbfolge, so daß der gewillkürte Erbe mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung nur mehr die Stellung eines Nacherben erhält.

Der unter Beifügung einer auflösenden Bedingung Eingesetzte

S. 54, 55; der hier vertretene Standpunkt ist in § 2077 BGB. angenommen worden.

[5]) Über die Frage, wann ein Verlöbnis als bestehend anzunehmen ist, vgl. Planck-Unzner IV S. 8, A. Schmidt: Komm. z. Familienr. S. 5, Stutz: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses n. d. b. R. (1900), Hellmann: J. Z. 1901 S. 217, Goldmann: ebendaselbst S. 432.

[6]) Boehm S. 210 spricht mit Unrecht von Nichtigkeit im technischen S.

[7]) Schief Endemann III S. 202: „Nichtig ist insbesondere eine dem ‚Ehegatten' gemachte Zuwendung, sofern der als solcher Bezeichnete überhaupt nicht durch gültige Ehe mit dem Erblasser verbunden oder die Ehe beim Erbfall wieder aufgelöst oder angefochten war. Dasselbe gilt für den ‚Verlobten'; doch kann hier die Auslegung dahin führen, daß die Verfügung unbedingte Geltung haben sollte, obgleich das Verlöbnis bei Lebzeiten des Erblassers aufgehoben ist." Nach Endemanns Ansicht würde also in dem Beispielsfalle des Textes die Einsetzung der „Ehegattin" B als schlechthin „nichtig" zu behandeln sein!

Digitized by Google

wird — vorausgesetzt, daß die auflösende Bedingung nicht bereits eingetreten ist — mit dem Erbfall zur Erbfolge berufen, büßt jedoch seine Erbenstellung mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung wieder ein.

4. Eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung, daß der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer *etwas in seiner Willkür Gelegenes* unterläßt oder fortgesetzt tut, ist im Zweifel als Zuwendung unter der umgekehrten auflösenden Bedingung[8]) zu behandeln (§ 2075). Man denke z. B. an eine Bedenkung des A unter der Bedingung, daß er die B nicht heirate. Nach der sachlich entsprechenden Auslegungsregel des § 2075 hat man diese Verfügung so zu beurteilen, als ob sie mit Beifügung der auflösenden Bedingung getroffen wäre, daß die Zuwendung in Wegfall kommen solle, sobald der Bedachte (A) die B heirate. Eine andere Beurteilung würde aber wieder einzutreten haben, wenn die Bedenkung des A etwa nur darauf gestellt wäre, daß er die B vor seiner erreichten Volljährigkeit nicht heirate. Hier handelt es sich um ein Nichttun während eines Zeitraums von bestimmter Dauer, und die hierauf gestellte Bedingung würde daher die Verwandlung in eine umgekehrte auflösende Bedingung nicht zu erfahren haben.

5. Die aus einem bedingten Rechtsgeschäft für den bedingt Berechtigten sich ergebende rechtliche Aussicht ist nach allgemeinen Grundsätzen vererblich. Bei letztwilligen Verfügungen verhält sich dies teilweise anders. Ist nämlich eine letztwillige Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht, so hat man nach der Vorschrift des § 2074 im Zweifel als Wille des Erblassers anzunehmen, daß

---

[8]) Diese an andere moderne Gesetzgebungen sich anschließende Vorschrift ist eine Fortbildung des in der cautio Muciana des röm. Rechtes (vgl. *Dernburg*, Pandekten III § 83) sich ausprägenden Gedankens. Der praktische Unterschied in der Behandlung besteht darin, daß nach dem Rechte des BGB. dem Bedachten, der später der Absicht des Erblassers zuwiderhandelt, die Früchte der Zwischenzeit grundsätzlich verbleiben, während nach röm. R. der Kautionssteller im gleichen Falle diese Früchte herauszugeben hat. Die Würdigung der Umstände des Einzelfalls kann übrigens auch nach dem BGB. zur Entscheidung führen, daß der Bedachte nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung verpflichtet sein solle, den Wert der inzwischen gezogenen Nutzungen herauszugeben (vgl. auch § 159). Für die weitergehende Ansicht von *Planck-Ritgen* Erl. 3 z. § 2075, daß die Entscheidung im Zweifel immer in diesem Sinne zu treffen sei, fehlt es an einem gesetzlichen Anhaltspunkt; vgl. auch Motive V S. 29.

Digitized by Google

die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung erlebt. Allein im Gegensatz zum römischen Rechte ist hierdurch, weil es sich nach dem Rechte des BGB. nur um eine Auslegungsfrage handelt, die Vererblichkeit des bedingten Erb- und Vermächtnisrechts nicht schlechthin ausgeschlossen.[9]) Beispiel: Ein Erblasser verfügt: Wenn A den gegen ihn vom B angestrengten Prozeß auf Leistung eines Schadensersatzes von 10000 verliert, vermache ich ihm diesen Betrag. Nach der ganz unzweifelhaften Absicht des Erblassers soll A hier durch die Vermächtnisverfügung so gestellt werden, daß er den ihm infolge des gegen ihn anhängigen Prozesses drohenden Nachteil keinesfalls zu tragen hat. Demgemäß würde in diesem Falle die rechtliche Aussicht aus dem bedingten Vermächtnis, vorausgesetzt, daß A *den Erbfall erlebt hat*, auf den Erben des A allerdings übergehen.

6. Verschieden von der unter Z. 5 besprochenen ist die weitere Frage: *wann* dem unter einer aufschiebenden Bedingung als Erbe Eingesetzten oder mit einem Vermächtnis Bedachten die Erbschaft, das Vermächtnis „*anfällt*". Unter dem „Anfall der Erbschaft" versteht das BGB. den Zeitpunkt, mit welchem die Erbschaft auf den Erben bzw. den Nacherben übergeht, d. h. mit welchem dieser in die Erbenstellung eintritt (§§ 1942, 2139), und unter dem Anfall des Vermächtnisses den Zeitpunkt, mit welchem die Forderung des Vermächtnisnehmers (unbeschadet der Möglichkeit der Ausschlagung) zur Entstehung kommt (§ 2176). Daraus ergibt sich von selbst, daß dem unter einer aufschiebenden Bedingung Bedachten die Erbschaft, das Vermächtnis keinesfalls vor der Erfüllung der Bedingung anfallen kann und daß somit dieser Anfall, wenn die Bedingung zur Zeit des Erbfalls noch schwebt, erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt (§ 2139, 2177). Hierbei bleibt es auch in solchen Fällen, bei denen die Auslegungsregel des § 2074 nicht durchgreift.[10]) Der

---

[9]) Vgl. hierzu des Verfassers: Transmission p. c. S. 23 ff.

[10]) Unzutreffend ist es, wenn *Endemann* III S. 156 die regelmäßige Unvererblichkeit des von der Erfüllung einer gewillkürten Bedingung abhängigen Erb- oder Vermächtnisrechtes daraus ableitet, daß durch die aufschiebend bedingte Zuwendung der Anfall an den Bedachten „kraft Bestimmung des Erblassers auf den Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung hinausgeschoben wird". Denn zu einem Aufschub des Anfalls der Erbschaft, des Vermächtnisses an den Bedachten kommt es geradezu immer und überall, wenn der vom Erblasser

Digitized by Google

bereits eingetretene Anfall der Erbschaft, des Vermächtnisses an den Bedachten ist also nicht notwendige Voraussetzung für die Vererblichkeit der zur Zeit des Erbfalls für den letztwillig Bedachten sich ergebenden Rechtsposition.

7. Über unmögliche und unerlaubte Bedingungen enthält das BGB. gar keine Bestimmung.[10a]) Man ist also auf die Behandlung nach der Natur der Sache angewiesen. Diese führt aber, wenigstens nach heutiger Rechtsauffassung,[11]) hinsichtlich der einer letztwilligen Verfügung beigefügten unmöglichen oder unerlaubten Bedingung zu keinem anderen Ergebnis, als wenn Bedingungen gleicher Art einem anderen Rechtsgeschäfte beigefügt sind. Demgemäß ist zu sagen, daß eine unter einer unmöglichen aufschiebenden Bedingung getroffene letztwillige Verfügung unwirksam ist. Im Falle einer unter einer unmöglichen auflösenden Bedingung getroffenen Verfügung erweist sich dagegen die Beifügung der Bedingung als wirkungslos und steht somit die Verfügung selbst einer unbedingt getroffenen gleich.

Für die Beurteilung der einem Rechtsgeschäft überhaupt und einer letztwilligen Verfügung insbesondere beigefügten unerlaubten Bedingung ist die Bestimmung des § 138 von maßgebender Bedeutung. Darnach ist ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig. Da nun das Wesen der unerlaubten Bedingung gerade darin besteht, daß durch deren Beifügung das Rechtsgeschäft selbst zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden wird, so macht die Beifügung einer unerlaubten Bedingung das Rechtsgeschäft überhaupt und die letztwillige Verfügung insbesondere nichtig. Dies gilt wie im Falle der Beifügung einer unerlaubten aufschiebenden Bedingung so grundsätzlich auch in dem der Beifügung einer unerlaubten auf-

---

bestimmte Zeitpunkt bzw. das von ihm bestimmte Ereignis, mit dessen Eintritt der eingesetzte Erbe die Erbschaft, der mit einem Vermächtnis Bedachte das Recht aus dem Vermächtnis erhalten soll, zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetreten ist (§§ 2105, 2177), und zwar ohne alle Rücksicht darauf, ob die Anwartschaft des Bedachten eine vererbliche oder unvererbliche ist. Vgl. auch § 2108 Abs. 2. Unhaltbares auch bei Wilke S. 182 Erl. 1 z. § 2177.

[10a]) Vgl. übrigens oben § 23 Anm. 12.

[11]) Nach röm. R. — dessen Auffassung auch das sächsische BGB. gefolgt ist — werden letztwillige Zuwendungen unter unmöglichen oder unsittlichen Bedingungen als unbedingte behandelt. Die Bedingung gilt also als nicht beigefügt. Vgl. hierüber besonders Hofmann, Kritische Studien im röm. Rechte (1885) S. 144 ff.

Digitized by Google

lösenden Bedingung. Doch sind noch folgende Gestaltungen zu beachten: Zwei nebeneinander stehende Verfügungen, von denen eine als unbedingte erklärt ist, wogegen der anderen eine unerlaubte aufschiebende Bedingung beigefügt ist, können derart miteinander verknüpft sein, daß nach Absicht des Erklärenden der Eintritt der aufschiebenden Bedingung der zweiten Verfügung die erste Verfügung in Wegfall bringen soll. Bei solcher Lage der Dinge ist die zweite, unter Beifügung einer unerlaubten aufschiebenden Bedingung getroffene Verfügung zweifellos nichtig. Wie verhält es sich aber mit der ersten Verfügung? Möglicherweise kann infolge der Verknüpfung mit der zweiten Verfügung auch sie sich als eine gegen die guten Sitten verstoßende darstellen, so z. B., wenn sich aus dem Zusammenhang beider Verfügungen ergibt, daß ein den guten Sitten widersprechendes Verhalten des durch die erste Verfügung Begünstigten der von diesem für den Bestand der Verfügung zu leistende Preis sein soll. Der Sachverhalt kann aber auch ein anderer sein. Beispiel: Der Erblasser setzt den A als Erben ein, bestimmt aber außerdem, daß die Erbschaft dem B zukommen soll, sobald dieser einen bestimmten vom Erblasser gewünschten Racheakt verübt haben wird. In diesem Falle wird lediglich die zu Gunsten des B gemachte Verfügung als nichtig zu behandeln sein, und die zu Gunsten des A getroffene dadurch unberührt bleiben; denn die letztere ist hier nach keiner Richtung hin weder unmittelbar noch mittelbar auf etwas gegen die guten Sitten Verstoßendes gerichtet und wird deshalb durch die Nichtigkeit der zweiten Verfügung in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt. Aber auch sonst wird sich unter Umständen aus einer Verfügung, der eine unerlaubte auflösende Bedingung beigefügt ist, eine als wirksam zu behandelnde Teilverfügung herauslösen lassen.[12])

[12]) Beispiel: Ein Erblasser setzt A als Erben ein, jedoch mit dem Beisatze, daß die Erbschaft nach A's Tode auf den B übergehen solle, wenn A es unterlasse, seinen einzigen Sohn nicht nur von der Erbfolge auszuschließen, sondern ihm auch den Pflichtteil zu entziehen. Setzt man auch voraus, daß ein gesetzlicher Grund zur Entziehung des Pflichtteils vorliegt, so widerspricht die dem A gemachte Zumutung, daß er von diesem gesetzlichen Grunde unter allen Umständen auch Gebrauch mache, doch den guten Sitten. In welchem Umfange aber ist die Verfügung als nichtig zu behandeln? Man wird in unserem Falle sagen dürfen, daß der Erblasser die Erbschaft dem A jedenfalls für die Zeit vom Erbfall an bis zu dessen Tode zuwenden wollte. Insoweit

Digitized by Google

Sehr schwierig kann im Einzelfalle die Entscheidung der Frage werden, ob eine vom Erblasser gesetzte Bedingung den Charakter der unerlaubten Bedingung wirklich hat. In weiser Zurückhaltung verzichtet das Gesetz hier auf jede Beschränkung der freien Beurteilung. Auch die vom römischen Rechte bezüglich der sogenannten kaptatorischen Verfügungen getroffene Entscheidung[13]) hat in das Gesetzbuch mit Recht keine Aufnahme gefunden. Denn nach unserer Rechtsanschauung enthält eine letztwillige Zuwendung, die unter der Bedingung gemacht ist, daß der Verfügende (oder eine von ihm bezeichnete andere Person) von dem Bedachten (oder wohl auch von einem Dritten) wieder bedacht werde, an und für sich nichts Anstößiges. Beweis dessen die Vorschriften der §§ 2269, 2270 über das gemeinschaftliche Testament. Im Gegensatz zum römischen Rechte werden daher sogenannte kaptatorische Verfügungen grundsätzlich als gültig zu behandeln sein.[14])

8. Wie die unmögliche und unerlaubte Bedingung so übergeht das Gesetz auch die unverständliche Bedingung mit Stillschweigen. Ist man aber auf die durch positive Vorschriften nicht eingeschränkte sachliche Beurteilung angewiesen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das unter einer aufschiebenden unverständlichen Bedingung vorgenommene Rechtsgeschäft als nichtig zu behandeln ist, und daß dieses Ergebnis auch in betreff so gearteter letztwilliger Verfügungen festgehalten werden muß. Ebenso wird auch zu entscheiden sein, wenn einem Rechtsgeschäft überhaupt und einer letztwilligen Verfügung

---

wird die Verfügung des Erblassers daher auch aufrecht zu erhalten sein. In untrennbarem Zusammenhang mit der gegen die guten Sitten verstoßenden Verfügung steht nur, was der Erblasser hinsichtlich seiner Erbschaft für die Zeit nach dem Tode des A bestimmt hat. Demgemäß ist nicht etwa nur die Bedingung als nicht beigefügt anzusehen, sondern ist die ganze auf diese Zeit sich beziehende Verfügung nichtig. Das Ergebnis ist somit, daß hinsichtlich der vom A erworbenen Erbschaft mit dessen Tode die im § 2104 bezeichneten gesetzlichen Erben des Erblassers als Nacherben berufen werden.

[13]) Darnach sind, im Gegensatze zur Behandlung, die letztwillige Zuwendungen, denen eine unerlaubte Bedingung beigefügt ist, im röm. R. sonst finden, kaptatorische Verfügungen nichtig.

[14]) Auch die kaptierte, d. h. die durch die kaptatorische Verfügung veranlaßte letztwillige Zuwendung muß nach dem BGB. anders beurteilt werden als nach röm. R. Nach dem letzteren ist sie gültig; nach dem BGB. kann dagegen die kaptierte Verfügung unter Umständen nach § 2078 Abs. 2 angefochten werden.

Digitized by Google

insbesondere eine auflösende unverständliche Bedingung beigesetzt ist. Denn durch die Unverständlichkeit der auflösenden Bedingung wird zugleich in Frage gestellt, ob und für welche Zeit das Rechtsgeschäft wirksam sein soll. In ähnlicher Weise wie im Falle der Beifügung einer auflösenden unerlaubten Bedingung wird sich aber unter Umständen auch aus einer Verfügung, der eine auflösende unverständliche Bedingung beigefügt ist, eine Teilverfügung auslösen lassen, die von dem Verfügenden unter allen Umständen gewollt ist.

9. In betreff der im allgemeinen der freien Beurteilung unterliegenden Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Bedingung als erfüllt anzusehen ist, sind drei positive Vorschriften maßgebend:

a) Nach der bei Rechtsgeschäften aller Art durchgreifenden Bestimmung des § 162 Abs. 1 gilt die in Wahrheit nicht eingetretene Bedingung als eingetreten, wenn ihr Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Beispiel: Ein Erblasser bedenkt den X mit einem Vermächtnis unter der Bedingung, daß dieser ein ihm vom Erblasser übergebenes Schriftstück in bestimmter Weise veröffentliche. Der mit dem Vermächtnisse beschwerte Erbe veranlaßt den X in arglistiger Weise unter Hinweis auf einen angeblichen letzten Wunsch des Erblassers, das bewußte Schriftstück zu verbrennen.

b) Von gleich durchgreifender Bedeutung wie die unter a) erwähnte Bestimmung ist die des § 162 Abs. 2. Darnach gilt der in Wahrheit erfolgte Eintritt einer Bedingung als nicht erfolgt, wenn er von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist. Beispiel: Der Erblasser hat den A als Erben und den B für den Fall als Nacherben eingesetzt, daß dieser den A überlebt. Um sich die Nacherbfolge zu sichern, führt B eine Gefahr für das Leben des A mit dem Erfolge herbei, daß dieser (vor dem B) ums Leben kommt.

c) Hierher gehört endlich noch die für bedingte letztwillige Zuwendungen insbesondere maßgebende Auslegungsregel des § 2076. Bezweckt nämlich die Bedingung, unter welcher die Zuwendung gemacht ist, den Vorteil eines Dritten, so soll sie im Zweifel als eingetreten behandelt werden, wenn der Dritte die zum Eintritte erforderliche Mitwirkung verweigert.

Besteht die einer letztwilligen Verfügung beigefügte Bedingung in der Vornahme einer willkürlich wiederholbaren Handlung des Be-

Digitized by Google

dachten, so kann fraglich werden, ob die Bedingung auch dann als erfüllt zu gelten hat, wenn diese Handlung vom Bedachten schon vor dem Erbfall oder doch bevor er von der Verfügung des Erblassers Kenntnis erlangt hat, vorgenommen worden ist. Eine auf solche Fälle sich beziehende Auslegungsregel enthält das BGB. nicht.

10. Bisher war nur von gewillkürten, das will hier sagen: von durch den Willen des Erblassers gesetzten Bedingungen die Rede. Was für sie gilt, darf nicht ohne weiteres auch auf die auf Rechtssatz beruhenden Schwebeverhältnisse angewendet werden, bei welchen durch den späteren Eintritt einer Rechtsbedingung (condicio iuris) entschieden wird, welche rechtliche Beurteilung in betreff des fraglichen Rechtsverhältnisses nach rückwärts hin maßgebend sein soll. Condiciones iuris in diesem Sinne sind gerade auf dem Gebiete des Erbrechts von erheblichem Belang. So gibt es vor allem zahlreiche Fälle, in denen die Berufung einer Person zur Erbfolge davon abhängig ist, daß ein Vorberufener Erbe nicht wird.[15]) Das Vorhandensein eines so beschaffenen Schwebeverhältnisses setzt immer voraus, daß der Erbfall bereits eingetreten ist, und daß der eventuell Berufene den Erbfall erlebt hat. Entscheidet sich aber dann hinterher, daß der Vorberufene, sei es, weil er ausschlägt (§ 1953), sei es, weil er für erbunwürdig erklärt wird (§ 2344), oder weil er nicht lebend zur Welt gekommen ist (§ 1923), oder weil die Verfügung von Todeswegen, laut welcher er zur Erbfolge berufen war, mit Erfolg angefochten worden ist (§ 142), nicht zur Erbfolge gelangt, so ist in allen diesen Fällen die Erbschaft als eine dem eventuell Berufenen schon mit dem Zeitpunkte des Erbfalls angefallene zu behandeln. Die für gewillkürte aufschiebende Bedingungen maßgebende Auslegungsregel des § 2074 ist also hier ganz bedeutungslos. Der eventuell Berufene braucht in diesen Fällen den Eintritt der condicio iuris *nicht* zu erleben, sondern transmittiert, dafern er nur den Erbfall erlebt hat, sein schwebendes und nach Eintritt der condicio iuris als wirksam sich erweisendes Erbrecht auf seine Erben.

Mit dem eben Gesagten hängt es zusammen, daß auch § 158 Abs. 1 bei unserer condicio iuris keine Anwendung findet. Dieser

---

[15]) Hierher gehört neben den schon weiter oben § 7 bei Anm. 3 und 4 hervorgehobenen Fällen insbesondere auch der Fall der Berufung eines Ersatzerben. Vgl. darüber noch Genaueres in § 26 VI dieser Darstellung.

Digitized by Google

Bestimmung zufolge tritt bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein, ist also m. a. W. in der aufschiebenden Bedingung zugleich auch eine Befristung enthalten. Bei unserer condicio iuris verhält sich dies anders; denn nach dem Eintritt derselben, d. h. nach dem Wegfall des zunächst Berufenen gilt der Anfall an den eventuell Berufenen als mit dem Erbfall erfolgt (§§ 1953, 2344).

II. Befristung.

Letztwilligen Verfügungen mit Einschluß der Erbeinsetzungen[16]) können auch Anfangs- oder Endtermine wirksam beigesetzt werden. Im Falle eines Anfangstermins finden im allgemeinen die für die aufschiebende Bedingung und im Falle eines Endtermins die für die auflösende Bedingung maßgebenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 163). Darnach wird insbesondere auch im Falle eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetretenen Anfangstermins der Anfall der Erbschaft an den ex die als Erbe Eingesetzten[17]) und

[16]) In betreff des röm. R. vgl. oben § 7 Anm. 1.

[17]) Unzutreffend sind die Ausführungen Endemanns III S. 162, 163 über den angeblichen Unterschied zwischen „betagter" und „befristeter" Berufung zur Erbfolge. Beide Fälle sollen miteinander gemein haben, daß dem unter Beifügung eines Anfangstermins eingesetzten Erben bis zum Eintritt des Termins ein Vorerbe vorangeht. Der Unterschied zwischen „betagter" und „befristeter" Berufung soll aber darin bestehen, daß bei der ersteren der Anfall der Erbschaft an den Berufenen sofort eintritt, bei der letzteren dagegen bis zum Eintritt des Termins hinausgeschoben ist. Hiermit soll es aber dann wieder zusammenhängen, daß bei „betagter" Berufung „aus der Hinzufügung der objektiven Zeitbestimmung (!) kein Schluß darauf zu ziehen (sei), daß nur der Berufene persönlich den Nachlaß erwerben sollte", während bei der „befristeten" Berufung „der Wille des Erblassers sehr wohl dahin gehen (könne), daß der Anfall der Erbschaft selbst hinausgeschoben werden soll, indem er (?) den Erwerb gerade auf den persönlichen Eintritt des Berufenen abstellt und eine Vererbung des Anspruchs auf die Erbschaft ausschließt". Diesen Behauptungen gegenüber ist vor allem zu bemerken, daß ein Erbe, dem ein Vorerbe vorangeht, unter allen Umständen nur Nacherbe sein kann, und daß die Erbschaft dem Nacherben immer erst mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge und niemals schon mit dem Erbfall anfällt (§ 2139). Was aber die Vererblichkeit der Anwartschaft auf den Eintritt der Nacherbfolge betrifft, so kann sie überhaupt nur in solchen Fällen in Frage kommen, wo der als Nacherbe Eingesetzte zwar den Eintritt des Erbfalls, nicht aber auch den Eintritt des Falles der Nacherbfolge d. h. den an ihn erfolgten Anfall

Digitized by Google

der Anfall des Vermächtnisses an den in solcher Weise mit einem Vermächtnis Bedachten bis zum Eintritt des Termins hinausgeschoben (§§ 2105, 2177). Wesentlich anders als bei aufschiebend bedingter Erbeinsetzung und Vermächtnisverfügung ist jedoch bei letztwilligen Zuwendungen, denen ein Anfangstermin beigesetzt ist, die Frage nach der Vererblichkeit der Erb- bzw. Vermächtnisanwartschaft zu beurteilen. Die Auslegungsregel des § 2074, nach der die unter einer aufschiebenden Bedingung gemachte letztwillige Zuwendung im Zweifel nur für den Fall gelten soll, daß der Bedachte die Erfüllung der Bedingung erlebt, ist nämlich für die unter Beifügung einer aufschiebenden Befristung gemachte Zuwendung nur insoweit maßgebend, als in der Befristung eine aufschiebende Bedingung wirklich enthalten ist. Dies trifft aber nur zu, wenn es ungewiß ist, ob[18]) der Termin überhaupt eintreten wird (also beim sogenannten dies incertus an). Abgesehen hiervon ist die für einen erst nach dem Erbfall verstorbenen Bedachten begründet gewesene Anwartschaft aus einer unter Beifügung eines Anfangstermins gemachten letztwilligen Zuwendung grundsätzlich vererblich;[19]) anders ist nur zu entscheiden, wenn erhellt,

---

der Erbschaft erlebt hat; vgl. hierzu die weitere Ausführung im Texte und unten § 27 IV d. Darstellung. Einer kurzen Würdigung soll jetzt noch das von Endemann a. a. O. Anm. 5 gegebene Beispiel einer von ihm sogenannten „betagten" Berufung unterzogen werden: „A soll mein Erbe sein, er soll die Erbschaft aber erst nach dem Tode meiner Ehefrau erhalten, die zeitlebens im Nießbrauch meines Nachlasses bleibt." Diese Verfügung kann in doppelter Weise aufgefaßt werden. Zunächst so, daß die Ehefrau Vorerbin und A Nacherbe sein soll. Hierfür entscheidet sich offenbar Endemann, da ja doch nach seiner Ansicht auch in den Fällen der „betagten" Berufung dem „betagt" Berufenen, „bis der Anfangstermin sich erfüllt", ein Vorerbe vorangeht. Vom Standpunkte dieser Annahme aus ist es aber dann freilich wieder unrichtig, wenn Endemann den Anfall der Erbschaft an den „betagt" Berufenen sofort eintreten läßt. Überwiegende Gründe sprechen jedoch dafür, daß der von Endemann vorgelegte Beispielsfall überhaupt in ganz anderer Weise aufzufassen ist, nämlich als unbetagte Einsetzung des A als Erben und als selbstverständlich nach § 2174 zu beurteilendes Vermächtnis des Nießbrauchs am Nachlaß zu Gunsten der Ehefrau. Bei solcher Auffassung fällt die Erbschaft dem A freilich sofort mit dem Erbfall an, kann aber gerade deshalb auch von einer „betagten" Berufung zur Erbfolge keine Rede sein.

[18]) Der weitergehende (weil auch auf den dies incertus quando sich beziehende) Satz: dies incertus condicionem in testamento facit ist in das BGB. mit Recht nicht aufgenommen worden.

[19]) Unzutreffend Frommhold S. 165.

Digitized by Google

daß der Erblasser das Erleben des Zeitpunktes durch den Bedachten zur Bedingung machen wollte. Vgl. § 2108.

III. Durch die Beifügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen kann der Erblasser nicht eine Gebundenheit ins Unendliche schaffen, sondern nur innerhalb unüberschreitbarer zeitlicher Grenzen (§§ 2109, 2162, 2163, 2210).

B. Erbeinsetzung.

§ 26.

I. Zur Einsetzung eines Erben ist der Gebrauch besonderer Wortformeln[1]) nicht erforderlich. Ob ein Bedachter als Erbe oder als Vermächtnisnehmer behandelt werden soll, ist nach Maßgabe des Inhalts der ganzen Verfügung zu beurteilen.[2]) Ist jemand auf den ganzen Nachlaß[3]) oder einen Bruchteil[4]) desselben eingesetzt, so ist er, wenn auch vom Erblasser als Erbe nicht bezeichnet, doch als Erbe zu behandeln. Der vom Erblasser als Erbe geradezu Bezeichnete ist dagegen im Zweifel als Erbe doch nicht zu betrachten, wenn ihm nur einzelne Nachlaßgegenstände zugewendet sind.[5]) Anders wird es sich aber z. B. verhalten, wenn dem Bedachten diejenigen Gegenstände zugewendet sind, von welchen der Erblasser mit gutem Grunde annehmen durfte, daß sie praktisch den ganzen Nachlaß ausmachen (§ 2087). Für die Annahme einer über den Nachlaß als Ganzes getroffenen Verfügung wird man sich insbesondere auch zu entscheiden

---

[1]) Im älteren röm. R. waren verba imperativa notwendig. Dieses Erfordernis ist jedoch schon durch l. 15 C. 6. 23 (Verordnung der Söhne Konstantins) beseitigt worden.

[2]) Nach der Auslegungsregel des § 2304 ist die Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen. Soweit diese Auslegungsregel zutrifft, hat die Zuwendung des Pflichtteils aber deshalb noch nicht den Charakter des Vermächtnisses (vgl. unten § 49 d. D.).

[3]) Nicht als Erbe, sondern als Vermächtnisnehmer ist in aller Regel der mit einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft Bedachte zu behandeln. Anders wird aber zu entscheiden sein, wenn der Nachlaß des Erblassers lediglich aus dieser Erbschaft besteht.

[4]) Eine Erbeinsetzung auf einen Bruchteil liegt jedoch dann nicht vor, wenn der Erblasser dem Erben die Verpflichtung zur Herausgabe eines Bruchteils des reinen Nachlasses auferlegt hat (sog. legatum partitionis).

[5]) Die römische Lehre von der institutio ex re certa ist, wie den modernen Gesetzgebungen überhaupt, so auch dem BGB. fremd.

Digitized by Google

haben, wenn der Erblasser sein gesamtes unbewegliches Vermögen dem A und sein gesamtes bewegliches Vermögen dem B „vermacht"; A und B werden also nach Verhältnis der Werte des unbeweglichen und des beweglichen Vermögens als Erben zu behandeln sein.

II. Als Erbe kann wirksam nur eingesetzt werden, wer nach Maßgabe des in § 3 IV dieser Darstellung Ausgeführten Erbe werden kann. Unter Umständen wird aber eine zunächst als Erbeinsetzung gewollte Zuwendung, dafern sie als solche nicht zur Wirksamkeit gelangen kann, weil der als Erbe Benannte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist, als Einsetzung eines Nacherben aufrecht erhalten werden können. Vgl. § 2101 und unten § 27 d. D.

III. Hat der Erblasser nur einen Erben und zwar ohne Beschränkung auf einen Bruchteil des Nachlasses eingesetzt, so wird dieser Alleinerbe. Im Falle der Beschränkung des Erben auf einen Bruchteil kommt es in Ansehung des Restes zur gesetzlichen Erbfolge; [6]) dasselbe gilt, wenn bei Einsetzung mehrerer Erben durch die allen zusammen zugewiesenen Bruchteile der Nachlaß nicht erschöpft wird. Sind mehrere Erben ohne Bestimmung der Anteile eingesetzt, so erben sie zu gleichen Teilen. Doch ist zu beachten, daß die Bestimmung der Anteile nicht nur direkt, sondern auch indirekt erfolgen kann. In den Fällen der §§ 2066 bis 2069 [7]) ist die Anteilsbestimmung im Zweifel in der daselbst bezeichneten Weise als erfolgt anzusehen. Eine indirekte Bestimmung der Anteile kann insbesondere in der Weise stattfinden, daß der Erblasser einige der von ihm eingesetzten Erben zu einer Gruppe zusammenfaßt, um dadurch auszudrücken, daß von den zu bildenden Hauptbruchteilen der Erbschaft nur einer auf alle zu dieser Gruppe gehörenden Erben zusammen als „gemeinschaftlicher" Erbteil entfallen soll.[8]) Der Erblasser kann selbstverständlich auch mehrere solcher Gruppen nebeneinander und innerhalb dieser Gruppen wieder Untergruppen bilden. Bei der Entscheidung der Frage, ob und inwieweit vom Erblasser

---

[6]) In gleicher Weise ist selbstverständlich zu entscheiden, wenn der Erblasser die von ihm eingesetzten mehreren Erben auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt hat, den er diesen Erben als gemeinschaftlichen Erbteil zuwies.

[7]) Vgl. oben § 24 II.

[8]) Die Einsetzung mehrerer auf einen gemeinschaftlichen Erbteil entspricht der römischen re coniunctio.

Digitized by Google

solche Gruppenbildung gewollt ist, ist, soweit nicht die vorerwähnten Vorschriften der §§ 2066 bis 2069 eingreifen, der Auslegung der freieste Spielraum gegeben.

Ist den auf Bruchteile der Erbschaft eingesetzten Erben zusammen mehr zugewiesen als ein Ganzes, so tritt verhältnismäßige Minderung der Bruchteile ein; ist dagegen, obschon der Erblasser die Erbschaft unter die auf Bruchteile eingesetzten Erben ganz verteilen wollte, das Ganze nicht erschöpft, so kommt es zur verhältnismäßigen Erhöhung der Bruchteile. Sind von mehreren Erben die einen auf Bruchteile, die anderen ohne Bruchteile eingesetzt, so erhalten die letzteren den Rest; dafern sich aber ein solcher nicht ergibt, wird für jeden ohne Bruchteil eingesetzten Erben ein Bruchteil in Ansatz gebracht, der dem geringsten der vergebenen Bruchteile gleichkommt, und dann zur verhältnismäßigen Minderung aller Bruchteile geschritten.[9]) Vgl. die Dispositivvorschriften der §§ 2088 bis 2093.

IV. Die nach Maßgabe von III sich ergebenden Erbteile können sich infolge des vor oder nach dem Erbfall eintretenden Wegfalls von Miterben durch Anwachsung (Akkreszenz) vergrößern (§ 2094).

1. Die auf ergänzender Rechtsvorschrift beruhende Anwachsung[10]) tritt nur mit Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Erblassers ein[11]) und kann deshalb von diesem sowohl direkt als indirekt ausgeschlossen werden (§ 2094 Abs. 3). Als dem vermutlichen Willen des Erblassers entsprechend ist die Anwachsung offenbar anzusehen:

---

[9]) Wesentlich anders geht im gleichen Falle das röm. R. vor; vgl. Dernburg, Pandekten III § 86 unter 2 c.

[10]) Unrichtig Endemann III S. 147: Er lehrt: „Unter Anwachsung wird jetzt (!) verstanden: die kraft Bestimmung (!) des Erblassers eintretende Vergrößerung des im Testament für einen Erben angesetzten Erbteils infolge des Wegfalls eines Miterben."

[11]) Über die prinzipielle Verschiedenheit des modernen und des römischen Anwachsungsrechtes vgl. des Verfassers Schrift: Transmission p. c. S. 90 ff. Darüber, daß das BGB. bei der gesetzlichen Erbfolge eine Anwachsung im technischen Sinne nicht kennt, vgl. oben § 12 d. Darstellung. Das römische Akkreszenzrecht griff — weil es im letzten Grunde nicht auf dem vermutlichen Willen des Erblassers, sondern auf dem Satze: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, in Verbindung mit dem weiteren Satze: daß niemand zum Teil unbeerbt sein kann, beruhte — bei der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge gleichmäßig ein.

Digitized by Google

a) Im Falle der Einsetzung mehrerer Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbteil; fällt einer dieser Erben weg, so tritt Anwachsung zu Gunsten der übrigen ein (§ 2094 Abs. 1 Satz 2).

b) Im Falle der Einsetzung mehrerer Erben zur ganzen Erbschaft ohne feste Bestimmung der Erbteile, wobei sich übrigens doch wieder aus der Art und Weise der getroffenen Verfügung ein bevorzugtes Anwachsungsrecht einzelner Erben ergeben kann. War der Weggefallene nämlich mit anderen zu einem gemeinschaftlichen Erbteil berufen, so tritt die Anwachsung zunächst zu Gunsten dieser anderen ein.

Das Gesetz (§ 2094) geht aber hierüber noch erheblich hinaus, indem es den Erbteil eines wegfallenden Erben den übrigen Erben, selbst wenn diese lediglich auf Bruchteile der Erbschaft eingesetzt sind, ganz allgemein schon dann anwachsen läßt, wenn mehrere Erben in der Weise eingesetzt sind, daß sie (dafern alle zum definitiven Erwerbe gelangen würden) die gesetzliche Erbfolge ausschließen. Hierfür läßt sich geltend machen,[12]) daß aus den, den Erbeinsetzungen beigefügten Anteilsbestimmungen für sich allein noch keineswegs auf eine vom Erblasser beabsichtigte definitive Beschränkung der Erben auf die zugewiesenen Teile geschlossen werden kann, und daß solche Anteilsbestimmungen erfahrungsgemäß sehr häufig nur zur Festlegung des Verhältnisses getroffen werden, nach welchem der Gesamtnachlaß den zur Erbfolge gelangenden Miterben zukommen soll. Bei der Beurteilung von Einzelfällen darf jedoch nicht übersehen werden, daß aus der Art der Anteilsbestimmung und aus dem sonstigen Inhalt der Verfügung sich nicht nur eine besondere Gestaltung, sondern unter Umständen auch eine indirekte Ausschließung der Anwachsung ergeben kann. Man denke z. B.[13]) an folgende Verfügung: „Mein Haupterbe soll mein Bruder A sein, 1/5 meiner Erbschaft soll jedoch der B erhalten." Auch in diesem Falle ist es zwar sicherlich als

---

[12]) Vgl. auch Pfaff-Hofmann, Kommentar z. österr. BGB. II S. 90.

[13]) Ein anderes Beispiel: Der Erblasser setzt seine überlebende Ehegattin zu ihrem gesetzlichen Erbteil als Erbin ein und beruft „hinsichtlich des Restes" seine Enkel von verschiedenen Kindern als Erben „zu gleichen Teilen". Hier wird anzunehmen sein, daß der nach Deckung des gesetzlichen Erbteils der Ehegattin verbleibende Rest den Enkeln des Erblassers als gemeinschaftlicher Erbteil zugewiesen ist, so daß also beim Wegfall eines Enkels die übrigen Enkel ein bevorzugtes Anwachsungsrecht haben und daß eine Anwachsung zu Gunsten der Ehegattin erst beim Wegfall aller Enkel eintritt.

Digitized by Google

dem Willen des Erblassers entsprechend anzusehen, daß A bei Wegfall des B Alleinerbe wird, kaum aber auch, daß es B wird, wenn A wegfällt. Kommt zu unserem Tatbestand etwa noch hinzu, daß des Erblassers Bruder A zugleich derjenige ist, welcher, abgesehen von seiner Einsetzung und von seinem späteren Wegfall, auch als nächster gesetzlicher Erbe nach dem Erblasser in Betracht gekommen sein würde, so wird man die indirekte Ausschließung eines dem B zustehenden Anwachsungsrechtes für völlig zweifellos halten dürfen. Denn die der Bestimmung des § 2094 zu Grunde liegende Annahme, daß der Erblasser seine gesetzlichen Erben unberücksichtigt lassen wollte, ist dann durch die von ihm getroffene Verfügung selbst widerlegt.[14])

Hat der Erblasser nur über einen Teil der Erbschaft durch Erbeinsetzung verfügt, so daß in Ansehung des Restes gesetzliche Erbfolge stattfindet, so soll (§ 2094 Abs. 2) Anwachsung unter den eingesetzten Erben nur eintreten, „soweit sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind". Aber auch hier darf man sich nicht lediglich an den Buchstaben des Gesetzes halten; freie Beurteilung des Einzelfalls ist vielmehr durch seine Vorschrift nicht ausgeschlossen. Beispiel: Ein Erblasser verfügt etwa: „Hinsichtlich der einen Hälfte meiner Erbschaft soll es bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden; hinsichtlich der anderen Hälfte bestimme ich, daß „A 1/3, aber auch nicht mehr, und B das Übrige erhalten soll". Fällt B weg, so kommt dem A ein Anwachsungsrecht selbstverständlich nicht zu. Man kann daher auch nicht sagen, daß diejenige Hälfte der Erbschaft, über welche der Erblasser verfügt hat, für A und B einen gemeinschaftlichen Erbteil im Sinne des § 2093 bildet. Trotzdem wird nicht in Abrede zu stellen sein, daß B anwachsungsberechtigt ist, wenn A wegfällt. Denn

---

[14]) Vorsichtige Beurteilung fordern die Fälle, in welchen der Erblasser mehrere Erben in verschiedenen Testamenten derart einsetzt, daß sie, dafern alle zur Erbfolge gelangen würden, die gesetzliche Erbfolge ausschließen. Beispiel: Im Testament Nr. 1 ist A zur Hälfte der Erbschaft, in dem späteren Testament Nr. 2 sind B und C ohne Anteilsbestimmung zur anderen Hälfte eingesetzt. Hier ist sicher, daß B und C als auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt anzusehen sind. Kommt aber dem A Anwachsungsrecht zu, wenn B und C wegfallen und sind B und C anwachsungsberechtigt, wenn A wegfällt? Die stärkeren Gründe werden in Fällen solcher Art nicht selten für die Verneinung sprechen.

Digitized by Google

nach der offenbaren Absicht des Erblassers soll dem B die eine Hälfte der Erbschaft soweit zukommen, als er durch den A nicht beschränkt ist.

2. Eine Anwachsung im Sinne des BGB. kann sowohl

a) dadurch eintreten, daß ein Miterbe *vor* dem Erbfall wegfällt, als

b) auch dadurch, daß der Wegfall des Miterben erst *nach* dem Erbfall[15]) stattfindet.

Im Falle b) kann aber noch die bemerkenswerte Eigentümlichkeit vorkommen, daß der Miterbe erst wegfällt, nachdem er bereits fest erworben hat. Beispiel: A und B sind als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt, B jedoch unter Beifügung einer auflösenden Bedingung. Beide Erben nehmen an, später tritt die der Einsetzung des B beigefügte auflösende Bedingung ein. Sicherlich greift auch hier Anwachsung zu Gunsten des A Platz, aber in der Weise, daß dieser hinsichtlich des jetzt für ihn frei gewordenen Erbteils Nacherbe des B wird.[16])

---

[15]) Von einem solchen Wegfall kann übrigens dann noch keine Rede sein, wenn ein Miterbe, dem ein Erbteil bereits angefallen ist, stirbt, noch bevor sein Erbschaftserwerb ein definitiver geworden ist. Denn unter der angegebenen Voraussetzung geht der angefallene Erbteil mit der Möglichkeit der Ausschlagung auf den Erben des verstorbenen Miterben über (§ 1952) und ist hierdurch also (zwar nicht wie *Frommhold* S. 129 anzunehmen scheint, endgültig, aber doch) vorläufig die Anwachsung an die übrigen Miterben ausgeschlossen.

[16]) Wie hier *Planck-Ritgen* Erl. 2b zu § 2094. Etwas anders *Frommhold* S. 136, *Salinger* S. 345, *Herzfelder* S. 340 und *Kipp* bei W. III S. 454. Die genannten Schriftsteller geben zwar zu, daß in Fällen der im Texte bezeichneten Art regelmäßig der Miterbe A hinsichtlich des Erbteils, den bisher der B als Vorerbe gehabt hatte, zur Nacherbfolge berufen sein wird; sie leugnen aber, daß es sich dabei um eine Art der Anwachsung handle. Hierzu ist zu bemerken: 1. Wenn im Falle des Textes nicht die im § 2104 bezeichneten Personen als Nacherben eingesetzt anzusehen sind, sondern der bisherige Miterbe des Vorerben nach Eintritt der auflösenden Bedingung als Nacherbe in Betracht kommt, so kann dies nur auf § 2094 zurückgeführt werden. Würde die auflösende Bedingung, unter der B eingesetzt ist, noch vor dem Erbfall eingetreten sein, so wäre damit der Tatbestand der den mutmaßlichen Willen des Erblassers zur Geltung bringenden Vorschrift des § 2094 offenbar gegeben. Für die Beurteilung des mutmaßlichen Willens des Erblassers kann es aber doch keinen Unterschied machen, ob die auflösende Bedingung vor oder nach dem Erbfall eingetreten ist. Die für den ersteren Fall maßgebende Entscheidung muß daher, soweit möglich, auch für den letzteren

Digitized by Google

3. Soweit nach dem unter Z. 1 und 2 Gesagten die Voraussetzungen der Anwachsung zu Gunsten mehrerer Erben nebeneinander überhaupt gegeben sind, erfolgt sie nach dem Verhältnis der ursprünglichen Erbteile dieser Erben (§ 2094).

4. Für das römische Akkreszenzrecht gilt der wichtige Satz portio portioni adcrescit. Seine praktische Bedeutung besteht darin, daß der Anwachsungsberechtigte den Zeitpunkt des Eintritts der Anwachsung nicht zu erleben braucht, sondern daß sich die Anwachsung auch nach dem Tode des Anwachsungsberechtigten zu Gunsten der Erben desselben vollzieht. Beispiel: A und B sind zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt. Nachdem A zum definitiven Erwerbe des ihm zunächst zukommenden Anteils gelangt ist, stirbt er. Einige Zeit darauf schlägt B aus. Die Anwachsung kommt nunmehr den Erben des A zu statten.

Dieselbe Behandlung tritt auch nach dem BGB. ein, aber nicht zufolge eines dem Anwachsungsrechte eigentümlichen Satzes, sondern nach Maßgabe der allgemein durchgreifenden Bestimmung des § 1953 (vgl. auch § 2344), wonach es in allen Fällen, in denen der zunächst als Erbe Berufene wegfällt, nach rückwärts hin so gehalten wird, als ob der eventuell Berufene schon von vornherein berufen gewesen wäre.[17]) In Anwendung auf unseren Fall ergibt sich hieraus, daß der durch die Ausschlagung von seiten des B erledigte Erbteil als ein dem A zugleich mit dessen ursprünglichem Erbteil angefallener und erworbener und als solcher auf A's Erben übergegangener zu behandeln ist.[18])

Fall festgehalten werden, und dies geschieht dadurch, daß A den Erbteil des B hier als Nacherbe erlangt (vgl. auch den von Planck-Ritgen mit Recht herangezogenen Abs. 2 von § 158). 2. Der innere Zusammenhang des hier in Frage stehenden Falles der Nacherbfolge mit der Anwachsung tritt insbesondere auch darin hervor, daß der A nur vermöge seiner Eigenschaft als Miterbe Nacherbe des B wird. 3. Eine Folge der hier vertretenen Auffassung ist, daß der Miterbe A nach Annahme des ursprünglichen Erbteils die Nacherbfolge hinsichtlich desjenigen Erbteils, welcher dem B bisher als Vorerben zukam, nicht mehr ausschlagen kann. Hierin liegt jedoch nichts dem Wesen der Nacherbfolge Widersprechendes. Denn im Falle einer bevorstehenden Nacherbfolge kann der eventuelle Nacherbe auch sonst zwar immer nur nach dem Erbfall, aber doch schon vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge annehmen. Vgl. hierzu unten § 28a Anm. 3.

[17]) Vgl. auch die in Anm. 11 berufene Schrift S. 159.

[18]) In den im Texte bei Anm. 16 bezeichneten Fällen erklärt sich der

Digitized by Google

5. Nach einmal erfolgter Annahme des ursprünglichen Erbteils kann der Erbe den ihm nach dem Rechte der Anwachsung anfallenden weiteren Erbteil nicht mehr ausschlagen,[19]) und nach der Ausschlagung des ursprünglichen Erbteils kann dem Ausschlagenden ein weiterer Erbteil nach dem Rechte der Anwachsung nicht mehr anfallen. Vgl. § 2095, der dem nach dem Rechte der Anwachsung anfallenden Erbteil in Übereinstimmung mit der römischen Auffassung hinsichtlich der Annahme und Ausschlagung die Selbständigkeit abspricht.[20])

6. Ist der erledigte Erbteil mit Vermächtnissen oder Auflagen belastet, so wächst er dem Anwachsungsberechtigten mit diesen Lasten[21]) an (§§ 2161, 2192).

7. In Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen der ursprüngliche oder der anwachsende Erbteil belastet ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht gilt jeder dieser Erbteile als besonderer Erbteil (§ 2095). Vgl. ferner die hier noch nicht zu besprechende Bestimmung des § 2007 Satz 2.

V. Der Anwachsung im technischen Sinne verwandt, aber mit ihr keineswegs identisch ist ein Vorgang, dessen Möglichkeit sich aus der Vorschrift des § 1952 ergibt. Nach der berufenen Bestimmung ist das Recht des Erben, eine angefallene Erbschaft auszuschlagen, vererblich und kann von mehreren Erbeserben jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der dem Erben angefallenen Erbschaft ausschlagen. Beispiel: A ist der ursprüngliche Erblasser; sein Erbe B stirbt, noch bevor sein Recht zur Ausschlagung erloschen ist. B wird von X und Y, sagen wir, zu gleichen Teilen beerbt. Y schlägt jedoch zwar nicht die ihm zukommende Hälfte der Erbschaft des B, wohl aber seinen Anteil an der zu dieser Erbschaft gehörenden Erbschaft des A aus. Wem fällt jetzt dieser Anteil zu? Aus Gründen, die hier noch nicht ausgeführt werden können, muß angenommen werden, daß zu der von X bereits erworbenen Hälfte der Erbschaft des A jetzt auch noch die infolge der Ausschlagung des Y erledigte zweite Hälfte kommt.[22])

Anfall des Erbteils, welcher bisher dem Vorerben zukam, an den Erben des Miterben aus § 2108 Abs. 2.

[19]) Das entspricht dem römischen ipso iure adcrescit.

[20]) Vgl. dazu unten § 61 d. D.

[21]) So auch nach dem späteren römischen Rechte.

[22]) Anders Hachenburg, Vorträge S. 656, Planck-Ritgen Erl. 4

Digitized by Google

Eine Anwachsung im Sinne des § 2094 liegt hier freilich aus doppeltem Grunde nicht vor. Denn der geschilderte Vorgang vollzieht sich 1. in völlig gleicher Weise, mögen nun X und Y gewillkürte oder gesetzliche Erben des B sein, und er beruht 2. nicht auf dem vermutlichen Willen des Erblassers A, sondern, wie an anderer Stelle darzulegen ist, auf ganz anderer Grundlage.

VI.[23]) Wie das Gesetz für den Fall, daß der zunächst berufene gesetzliche Erbe nicht zum definitiven Erwerbe gelangt, entferntere gesetzliche Erben beruft, so kann auch der Erblasser für den Fall, daß der von ihm zunächst als Erbe Eingesetzte (Institut) nicht Erbe sein kann[24]) oder will,[25]) oder daß ein Gleiches bezüglich eines bestimmten gesetzlichen Erben zutrifft,[26]) einen anderen als Erben ein-

---

z. § 1952, Binder S. 138 Anm. 76. Nach der von diesen Schriftstellern vertretenen Ansicht soll bei der im Texte bezeichneten Sachlage die infolge der Ausschlagung des Y erledigte Hälfte der Erbschaft des A nicht dem X, sondern vielmehr demjenigen zufallen, welcher den A beerbt haben würde, wenn B den Erbfall nicht erlebt hätte. Vgl. aber dagegen unten § 61 d. D.

[23]) Die in diesem Absatz besprochene Berufung eines Ersatzerben entspricht der römischen substitutio vulgaris (Vulgarsubstitution). Daneben kannte das römische Recht auch noch die substitutio pupillaris und quasipupillaris, ferner die substitutio fideicommissaria. Vgl. Windscheid III §§ 558 bis 561. Dem BGB. sind Pupillar- und Quasipupillarsubstitution gänzlich fremd. An die Stelle der fideikommissarischen Substitution des römischen Rechtes (Anordnung eines Universalfideikommisses) tritt dagegen im BGB. die Anordnung einer Nacherbfolge.

[24]) Man denke z. B. an den Fall, daß der eingesetzte Erbe schon vor dem Erbfall gestorben oder daß er nach dem Erbfall für erbunwürdig erklärt worden ist. Der Übergang der dem Instituten bereits angefallenen aber noch nicht definitiv erworbenen Erbschaft auf dessen Erben wird jedoch durch die Ersatzberufung nicht ausgeschlossen; in dem bezeichneten Falle gehen vielmehr die Erben (nicht bloß wie Frommhold S. 134 meint, die „gesetzlichen Erben") des Instituten (als dessen Transmissare) dem Ersatzerben vor (§ 1952). Über das Verhältnis von Transmission und Vulgarsubstitution im römischen Rechte (nach dem aber die erstere einen wesentlich anderen Charakter hat als im BGB.) vgl. Windscheid III § 557 Anm. 7.

[25]) Der Ausschlagung durch den Instituten steht in dem Anm. 24 a. E. berührten Falle die Ausschlagung durch den Erben des Instituten gleich.

[26]) Die Motive V S. 74 wollen hier unterscheiden, ob der Erblasser den von ihm ins Auge gefaßten gesetzlichen Erben wirklich eingesetzt hat, oder ob dies nicht zutrifft. Nur im ersten Falle soll eine wirksame Ersatzberufung, im zweiten dagegen eine nach § 2074 zu behandelnde gewöhnliche bedingte

Digitized by Google

setzen, d. h. einen Ersatzerben (Vulgarsubstituten) ernennen.[27]) Selbst wenn der Erblasser nur eine der beiden vorerwähnten Möglichkeiten hervorgehoben hat, so gilt die Einsetzung des Ersatzerben im Zweifel doch für beide. Vgl. §§ 2096, 2097.[28])

Die dem eingesetzten Erben auferlegten Beschwerungen treffen in aller Regel auch den Ersatzerben (§§ 2161, 2192). Eine der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung bildet dagegen im Zweifel nicht auch eine Bedingung der Einsetzung des Ersatzerben.[29]) Ein dem zunächst eingesetzten Erben zugewendetes Vorausvermächtnis ist dadurch allein, daß die Berufung des Ersatzerben zur Wirksamkeit gelangt,

---

Erbeinsetzung vorliegen. Allein hiergegen spricht nicht nur der die Möglichkeit der Ernennung eines Ersatzerben für einen gesetzlichen Erben ausdrücklich anerkennende und deshalb von Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2096 mit Recht herangezogene § 2051 Abs. 2, sondern auch die in den Anm. 32 und 33 ausgeführte sachliche Erwägung.

[27]) Die Anordnung einer Ersatzberufung nimmt das Gesetz „im Zweifel" als erfolgt an in den Fällen der §§ 2069 und 2102 Abs. 1. Boehm S. 108 rechnet hierher mit Unrecht auch die Vorschrift des § 2068; sie enthält nicht die gesetzliche Annahme einer Ersatzberufung, sondern nur eine dem vermutlichen Willen des Erblassers entsprechende Umdeutung, zufolge deren schon von vornherein eine andere Person als eingesetzt anzusehen ist als diejenige, welche der Erblasser benannt hat.

[28]) Auf Grundlage von § 3 I. 2. 15, l. 27, l. 41 pr. D. 28. 6 hat man für das römische und gemeine Recht die Regel aufgestellt: substitutus substituto censetur substitutus instituto. Sie will zweifaches ausdrücken: 1. Hat der Erblasser für den eingesetzten Erben A den B als Ersatzerben und für diesen wieder den C als Ersatzerben berufen, so kommt C unmittelbar als Ersatzerbe für den A in Betracht, wenn B noch vor dem A weggefallen ist. Nach dem BGB. ist, obschon es hierüber eine besondere Bestimmung nicht enthält, doch grundsätzlich ebenso zu entscheiden. Zu beachten ist jedoch, daß darin, daß der Ersatzberufene B nach dem Erbfall, aber noch bevor A ausgeschlagen hat, stirbt, im Gegensatz zum röm. R. ein Wegfall des B überhaupt noch nicht zu erblicken ist (vgl. § 1953 und dazu die folgenden Anm. 32, 33). 2. Ist für den als Miterbe eingesetzten und einem anderen Miterben zugleich vulgariter substituierten A der B als Vulgarsubstitut ernannt, so soll sich diese Substitution sowohl auf die Institutions- als auch auf die Substitutionsportion beziehen. Man pflegt die vorerwähnte Regel hier noch genauer also zu fassen: substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto. Die Geltung dieser wohl schon für das röm. R. zu weit gefaßten Regel ist für das BGB. nicht anzuerkennen. Das dem Willen des Erblassers entsprechende Ergebnis ist also für jeden einzelnen Fall durch Auslegung zu ermitteln. Vgl. auch Motive V S. 79.

[29]) Vgl. auch Motive V S. 78 und Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2096.

Digitized by Google

noch nicht erledigt;[30]) ob es aber im Falle der Erledigung als für den Ersatzerben ausgesetzt anzusehen ist, muß nach Maßgabe der besonderen Umstände durch Auslegung ermittelt werden.[31])

Nach römischem und gemeinem Rechte wird die Berufung eines Vulgarsubstituten als Berufung unter einer gewillkürten aufschiebenden Bedingung behandelt und muß demgemäß der Vulgarsubstitut nicht nur den Erbfall, sondern auch den Wegfall des Instituten erleben. Zu einer anderen Entscheidung gelangt man auf Grund des BGB. Nach der von ihm mit Recht angenommenen Auffassung gehört die Ersatzberufung mit zu denjenigen Fällen, bei welchen die Berufung einer Person zur Erbfolge von der condicio iuris abhängig ist, daß eine vorberufene Person *nicht* zur Erbfolge gelangt. Es verhält sich nämlich mit der Ersatzberufung in der Tat genau so wie mit der eventuellen Berufung des gesetzlichen Erben bei Vorhandensein eines zunächst berufenen gewillkürten Erben oder wie mit der eventuellen Berufung eines entfernteren gesetzlichen Erben bei Vorhandensein eines zunächst berufenen näheren gesetzlichen Erben.[32]) In allen diesen Fällen wird es nach dem Wegfall des Vorberufenen

---

[30]) Man denke insbesondere an den Fall, daß der zunächst eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, das Vermächtnis dagegen annimmt; vgl. dazu unten § 29 d. D.

[31]) Über die Behandlung des Ersatzerben bei vorzunehmender Ausgleichung vgl. §§ 2051 bis 2053 und hierzu oben § 14 d. D.

[32]) Jede Eventualberufung setzt mit Notwendigkeit eine Vorberufung voraus; ist aber diese einmal vorhanden, so ist durch deren Dasein die Bedingung der Eventualberufung von selbst gegeben. Ihrer rechtlichen Natur nach ist daher auch die Bedingung, unter welcher der Ersatzerbe berufen ist, von der Bedingung, die in den übrigen im Texte hervorgehobenen Fällen eintreten muß, damit die Eventualberufung sich als wirksam erweise, durchaus nicht verschieden. Liegt beim Tode des Erblassers ein Testament vor, laut dessen A in rechtswirksamer Weise als Alleinerbe eingesetzt ist, so hängt die Berufung einer anderen Person zur Erbfolge nach diesem Erblasser (mag dieselbe nun der nächste gesetzliche Erbe des Erblassers oder ein von dem letzteren ernannter Ersatzerbe sein) immer davon ab, daß A ausfällt; es ist daher auch klar, daß die etwa noch vorliegende Ernennung des B als Ersatzerben für den A nur als Designierung derjenigen Person betrachtet werden kann, an welche für den Fall des Eintritts der durch die Institution bereits gegebenen condicio iuris die Berufung ergehen soll, während der Charakter dieser Bedingung hierdurch ganz unberührt bleibt. Vgl. hierzu des Verfassers Transmission p. c. S. 58 ff.

Digitized by Google

gleichmäßig so gehalten, als ob dieser gar nicht vorhanden gewesen wäre (§§ 1953, 2344). Folge davon ist aber wieder, daß der eventuell Berufene, hier der Ersatzerbe, sein eventuelles Erbrecht auf seinen Erben transmittiert, wenn er zwar nicht den Wegfall des Vorberufenen (hier des Instituten) aber doch den Erbfall erlebt hat.[38])

Im Falle der Ernennung eines Ersatzerben für einen Miterben geht die Ersatzberufung der Anwachsung vor (§ 2099); ist jedoch für mehrere Miterben nur ein Ersatzerbe ernannt, so kann die durch

[38]) Anders Meischeider S. 215, 216; hier wird nämlich bezüglich der Frage, ob der Ersatzerbe außer dem Erbfall auch noch den Wegfall des Instituten erleben müsse, auf § 2074, d. h. auf die Bestimmung verwiesen, zufolge deren im Falle einer vom Erblasser unter einer aufschiebenden Bedingung gemachten Zuwendung im Zweifel anzunehmen ist, daß die Verfügung nur gelten soll, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt. Dies ist nicht allein sachlich unbefriedigend, sondern steht zugleich auch mit den Vorschriften der §§ 1953, 2344 in Widerspruch. Um sich hierüber klar zu werden, braucht man sich nur in einem Falle, in dem der Ersatzerbe den Wegfall des Instituten wirklich erlebt hat, die Frage vorzulegen, ob nunmehr der Anfall der Erbschaft an ihn als ein im Sinne der §§ 1953, 2344 bereits mit dem Erbfall erfolgter, oder ob er im Sinne des für gewillkürte Bedingungen maßgebenden § 158 als ein erst mit dem Wegfall des Instituten erfolgender zu behandeln ist. Da die zweite Entscheidung in betreff desjenigen, der nicht Nacherbe, sondern Ersatzerbe werden soll, wegen des im Erbrecht des BGB. angenommenen Prinzips der Unmittelbarkeit der Erbfolge gar nicht möglich ist, so muß man sich zur ersteren bekennen und damit zugleich zugeben, daß es sich im Falle der Ersatzberufung um die condicio iuris der §§ 1953, 2344 handelt. Zu demselben Ergebnis gelangt man auf Grund des § 2105 Abs. 1. Darnach kommt, wenn ein Erbe unter einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erfüllten gewillkürten Bedingung eingesetzt ist, die Erbschaft bis zum Zeitpunkte der Erfüllung der Bedingung einem Vorerben zu. Hiervon kann aber gerade in unserem Falle wegen der Eigenart der Bedingung und wegen des Eingreifens der §§ 1953 und 2344 keine Rede sein. Steht aber hiernach fest, daß für unseren Fall die letzteren Vorschriften und nicht die auf gewillkürte Bedingungen sich beziehenden Bestimmungen maßgebend sind, so kann hier auch § 2074 nicht mehr in Betracht kommen. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob ein Erblasser nicht besonders bestimmen kann, daß die Ernennung eines Ersatzerben Geltung nur haben solle, wenn dieser den Wegfall des Vorberufenen erlebt. Dies ist gewiß zu bejahen; zugleich wird aber auch gesagt werden dürfen, daß normale Erblasser sich über solche Dinge nicht zu äußern pflegen. Für die hier vertretene Auffassung jetzt auch Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2196 (im Gegensatz zu der in den ersten Heften des Kommentars zum Erbrecht Erl. 2 z. § 1953 und Erl. 1 z. § 2074 noch vertretenen Ansicht, daß auf die Ersatzberufung die Vorschrift des § 2074 allerdings anzuwenden sei.

Digitized by Google

Auslegung zu ermittelnde Absicht des Erblassers immerhin auch darauf gehen, daß die Ersatzberufung erst wirksam werden soll, wenn die zunächst berufenen und untereinander anwachsungsberechtigten Miterben sämtlich weggefallen sind.[34]) Hat der Erblasser die eingesetzten Erben gegenseitig (substitutio reciproca) oder hat er für einen von ihnen die übrigen Miterben (also nicht bloß einzelne von ihnen) als Ersatzerben ernannt, so bestimmen sich die den Miterben in ihrer Eigenschaft als Ersatzerben zukommenden Anteile im Zweifel nach dem Verhältnis ihrer ursprünglichen Erbteile (§ 2098 Abs. 1; vgl. auch § 2094 Abs. 1 Satz 1); im ersten Falle ist außerdem im Zweifel anzunehmen, daß die auf einen gemeinschaftlichen Erbteil Eingesetzten als Ersatzerben für diesen Erbteil den anderen Miterben vorgehen (§ 2098 Abs. 2; vgl. auch § 2094 Abs. 1 Satz 2).

Nach römischem und gemeinem Rechte macht es unter Umständen, z. B. wenn A, B und C zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt sind, einen wesentlichen Unterschied, je nachdem es wegen des nach dem Erbfall erfolgenden Wegfalls etwa des C zu einer Anwachsung an A und B kommt, oder zu einer solchen deshalb nicht kommt, weil A und B durch besondere Bestimmung des Erblassers auf den Erbteil des C als Ersatzerben berufen sind. Denn ist z. B. A nach dem Erbfalle aber noch vor der Ausschlagung des C gestorben, so kommt nach römischer Auffassung zwar die Anwachsung den Erben des A noch zu statten, nicht aber die Einsetzung des A als Ersatzerben, so daß also der noch lebende Ersatzerbe B den ganzen Anteil des C mit Ausschluß der Erben des A erhalten würde. Das BGB. hat diese Subtilität durch seinen § 1953 (vgl. auch §§ 2344, 142) mit Recht beseitigt. Aber auch sonst kommt es in dem Falle, daß der Erblasser die Miterben gegenseitig als Ersatzerben eingesetzt hat, im wesentlichen zu denselben Ergebnissen, die ohne die Ersatzberufung schon kraft der Bestimmungen über die Anwachsung eintreten würden.[35])

[34]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. z. § 2099.

[35]) Nach dem BGB. besteht daher auch eine grundsätzliche Verschiedenheit zwischen dem Falle der Anwachsung unter Miterben und dem der wechselseitigen Substitution der Miterben nicht. Man kann vielmehr im Gegensatz zum röm. R. die Anwachsung sehr wohl als eine auf ergänzender Rechtsvorschrift beruhende und durch den vermutlichen Willen des Erblassers innerlich gerechtfertigte wechselseitige Substitution der Miterben auffassen. Ein theoretischer Unterschied zwischen substitutio reciproca und Anwachsung besteht jedoch darin, daß bei jener eine auf Ersatzberufung gerichtete besondere Erklärung

Digitized by Google

VII. In betreff der alternativen Erbeinsetzung enthält das BGB. keine Bestimmung.[36]) Eine solche unterliegt daher der freien Beurteilung, die nach Lage der Umstände des Einzelfalles zu sehr verschiedenen Ergebnissen führen kann.[37])

C. Einsetzung eines Nacherben.*)

1. Voraussetzungen der Nacherbfolge.

§ 27.

I. Der Erblasser kann ausdrücklich anordnen, daß die Erbschaft zunächst einem Vorerben zufallen und von diesem sodann auf einen Nacherben übergehen soll (§ 2100). Die Einsetzung eines Nacherben ist aber auch[1]) in der Anordnung zu erblicken, daß der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses die Erbschaft einem anderen herauszugeben hat;[2]) der andere erhält also

---

des Erblassers vorliegt, während diese auf einer den nicht erklärten Willen des Erblassers ergänzenden Rechtsvorschrift beruht. In praktischer Beziehung ergeben sich Unterschiede aus den hier noch nicht zu besprechenden Vorschriften des § 1951 in Verbindung mit § 2095 und des § 2007. Doch mag schon hier hervorgehoben werden, daß der einem Miterben infolge einer Ersatzberufung zukommende Erbteil allseitig (vgl. dem gegenüber bezüglich des anwachsenden Erbteils § 2095) als besonderer Erbteil zu behandeln ist.

[36]) Anders noch Entwurf I (§ 1769), nach dessen an die l. 4 C. 6. 38 sich anschließenden Entscheidung die disjunktive (alternative) Erbeinsetzung als konjunktive behandelt werden sollte. Dies wurde jedoch von der zweiten Kommission nicht für begründet erachtet und gestrichen (Protokolle V S. 24).

[37]) Möglicherweise dazu, daß der eine der alternativ Genannten als Erbe, der andere als Ersatzerbe eingesetzt werden wollte (vgl. auch Planck-Ritgen Vorbem. 1 zu §§ 2087 ff.), oder wohl auch zu einer Entscheidung im Sinne der vorerwähnten Bestimmung des Entwurfs I oder zur Umdeutung in ein alternatives Vermächtnis (in welchem Falle dann wieder die auf alternative Erbeinsetzung nicht übertragbare Bestimmung des § 2152 eingreift) oder zu noch einem anderen Ergebnis. Führt aber die freie Auslegung einer alternativen Erbeinsetzung lediglich zu einem non liquet, so erweist sich diese damit als unwirksam.

*) Vgl. Hachenburg, Studien zum Erbrecht, Heft 1: Die Einsetzung eines Nacherben (1896). Meischeider, §§ 60 bis 78. Rüger im sächs. Arch. Bd. 9 S. 434. Salinger im Arch. f. b. R. Bd. 19 S. 138.

[1]) Jedoch selbstverständlich nur, soweit der Erblasser anderes nicht bestimmt hat. Man denke insbesondere an den Fall, daß der Erbe einem anderen nach Ablauf einer bestimmten Zeit lediglich den Wert des reinen Nachlasses auszubezahlen hat.

[2]) Die rechtliche Bedeutung eines vom Erblasser ausgesprochenen und

Digitized by Google

hier die Stellung eines Nacherben[3]) und nicht bloß die eines Vermächtnisnehmers (§ 2103).

Die Anordnung einer Nacherbfolge hat man ferner anzunehmen[4]) sowohl im Falle der Einsetzung eines Erben mit Beifügung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung als auch im Falle der Einsetzung eines Erben mit Beifügung eines Anfangstermins oder einer im Zeitpunkte des Erbfalls noch nicht erfüllten aufschiebenden Bedingung. Liegt die zuerst erwähnte Voraussetzung vor, so greift nämlich in Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Erblassers die Annahme durch,[5]) daß diejenigen als Nacherben eingesetzt sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Zeitpunktes, des Ereignisses gestorben wäre; nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes[6]) gehört jedoch der Fiskus zu den hier in Betracht kommenden gesetzlichen Erben nicht (§ 2104). Im zweiten Falle wird dagegen der eingesetzte Erbe als Nacherbe behandelt, dem, dafern der Erblasser anderes nicht bestimmt hat,[7]) die gesetzlichen Erben als Vorerben vorangehen (§ 2105).

---

gegen den eingesetzten Erben sich richtenden Verbotes, über die Erbschaft von Todeswegen zu verfügen, muß durch freie Auslegung ermittelt werden. Anders noch der in das Gesetz mit Recht nicht aufgenommene § 1806 von Entwurf I.

[3]) Hat der Erblasser bestimmt, daß die Erbschaft zunächst dem A zu lebenslänglicher Nutzung, dann aber dem B zukommen soll, so kann fraglich werden, ob A Vorerbe oder nur Nießbraucher (und als solcher Vermächtnisnehmer), und daher auch, ob B Nacherbe oder unmittelbarer Erbe sein soll. Eine auf solche Fälle sich beziehende Auslegungsregel enthält das BGB. nicht.

[4]) Mit Rücksicht darauf, daß diese Annahme durchgreift, obschon es an einer die Anordnung der Nacherbfolge enthaltenden Erklärung des Erblassers fehlt, pflegt man hier von einer sog. konstruktiven Nacherbfolge im Gegensatz zu der wirklich angeordneten zu sprechen. Vgl. Protokolle V S. 92.

[5]) Besonders geartet ist der oben § 26 IV Z. 2 erwähnte Fall einer kraft Anwachsungsrechtes eintretenden Nacherbfolge.

[6]) Zufolge derselben verbleibt dem von einem unverehelichten und verwandtenlosen Erblasser mit Beifügung einer auflösenden Bedingung eingesetzten Erben die Erbschaft selbst dann, wenn er der Intention des Erblassers geradezu zuwider handelt. So sehr es anzuerkennen ist, daß das BGB. sich von jeder fiskalischen Tendenz frei gehalten hat, so geht die hier auf Kosten des Fiskus geübte Großmut doch wohl zu weit.

[7]) Eine andere Bestimmung ist als getroffen anzusehen, wenn der Erblasser z. B. mehrere Personen ohne Bestimmung des Erbteils als Erben eingesetzt hat, eine derselben aber mit Beifügung einer aufschiebenden Bedingung

Digitized by Google

Ein besonders wichtiger Fall der Nacherbfolge ist gegeben, wenn der Nachlaß als Ganzes nach der Anordnung des Erblassers einer erst nach dem Erbfall erzeugten Person zukommen soll. Zufolge der Bestimmung des § 1923 kann eine solche Person keinesfalls Erbe werden, sondern nur Nacherbe; dem entsprechend soll daher auch im Zweifel angenommen werden, daß sie, wenn schon vom Erblasser als „Erbe" bezeichnet, doch nur als Nacherbe eingesetzt werden wollte (§ 2101 Abs. 1 Satz 1). Was soll aber gelten, wenn feststeht, daß der Erblasser die von ihm bezeichnete und zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person gerade als solchen Erben haben wollte, dem ein Vorerbe nicht vorangeht? Beispiel: Ein Erblasser hat unter ausdrücklicher Ausschließung jeder vorläufigen gesetzlichen Erbfolge bestimmt, daß sein Nachlaß dem ältesten Sohne seines nach Amerika ausgewanderten Bruders aus der bevorstehenden Ehe des letzteren mit der N zufallen solle. Im übrigen enthält das Testament noch Anordnungen, durch die nicht allein die zwischenzeitige Verwaltung des Nachlasses durch einen Testamentsvollstrecker, sondern außerdem auch noch sichergestellt werden soll, daß der eingesetzte Erbe nach Erreichung eines gewissen Lebensalters in Deutschland erzogen werde. Nach den grundsätzlichen Vorschriften des BGB. kann diese letztwillige Verfügung ganz so, wie sie vom Erblasser gewollt ist, nicht zur Verwirklichung gebracht werden. Zugleich drängt sich aber die Erwägung auf, daß der Erblasser sicherlich anders verfügt haben würde, wenn er sich der teilweisen Undurchführbarkeit des von ihm Verfügten bewußt geworden wäre, und daß man der Absicht des Erblassers offenbar besser gerecht wird, wenn man die Berufung des Neffen zur Nacherbfolge als von ihm wenigstens eventuell gewollt betrachtet, als wenn man der Verfügung die Wirksamkeit gänzlich abspricht (vgl. auch § 2084). Der hier getroffenen Entscheidung steht Abs. 1 (Satz 2) von § 2101 deshalb nicht entgegen, weil aus dem Inhalt der Verfügung nicht erhellt, daß der Eingesetzte nach dem Willen des Erblassers *keinesfalls* — also auch nicht in eventu — Nacherbe werden solle.[8])

---

oder eines Anfangstermins. Ist hier die Bedingung, der Termin, zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetreten, so wird die Erbschaft zunächst dem unbedingt eingesetzten Erben allein anfallen, so daß also die gesetzlichen Erben als Vorerben des bedingt oder betagt eingesetzten Erben nicht in Frage kommen.

[8]) Anderer Ansicht ist *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse (1897) S. 79 ff. Seine Ausführungen gelangen zu dem Ergebnisse, daß eine

Digitized by Google

Was im vorhergehenden über den Fall der Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person gesagt worden ist, gilt grundsätzlich in gleicher Weise auch für die Einsetzung einer erst nach dem Erbfall zur Entstehung gelangenden juristischen Person (§ 2101 Abs. 2). Anders verhält es sich nur mit einer vom Erblasser errichteten und erst nach dem Erbfall genehmigten Stiftung; sie steht in Ansehung einer Zuwendung des Erblassers demjenigen gleich, welcher zur Zeit des Erbfalls als nasciturus vorhanden ist, und erlangt daher auch, wenn vom Erblasser als Erbin eingesetzt, sobald ihre Genehmigung erfolgt ist, die rechtliche Stellung eines schon zur Zeit des Erbfalls vorhanden gewesenen Erben und nicht bloß die eines Nacherben (§ 84).

II. Die Einsetzung einer Person als Nacherbe enthält im Zweifel[9]) zugleich auch die Einsetzung als Ersatzerbe, nämlich für den Fall, als der Vorerbe wegfallen sollte und unter der Voraussetzung, daß der als Nacherbe Eingesetzte zur Zeit des Erbfalls (im Sinne des § 1923) bereits lebt. Ist zweifelhaft, ob jemand als Ersatzerbe oder als Nacherbe eingesetzt ist, so hat man sich für das erstere zu entscheiden (§ 2102).

III. Die Einsetzung von Nacherben darf nicht schrankenlos zugelassen werden, denn sonst wäre der Erblasser, besonders mit Rücksicht darauf,

---

Anordnung, laut deren der Erblasser zunächst eine Erbeinsetzung und nicht die Einsetzung eines Nacherben verfügt und bei der er an die Möglichkeit, daß sie als Erbeinsetzung nicht wirksam sein könnte, gar nicht gedacht hat, nach § 2101 als unwirksam behandelt werden müsse. Allein diese Auffassung würde nur haltbar sein, wenn in § 2101 BGB. die teilweise recht bedenkliche Fassung des entsprechenden § 2076 der Reichstagsvorlage beibehalten worden wäre. Gegenüber der geänderten Fassung des jetzigen § 2101 hat sie keine Berechtigung. Vgl. hierzu auch den Bericht der Reichstagskommission S. 15. Wie im Texte auch Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2101.

[9]) Also nicht auch dann, wenn feststeht, daß der als Nacherbe Eingesetzte die Erbschaft nach dem Willen des Erblassers, wenn überhaupt, so doch erst mit Eintritt eines bestimmten nach dem Erbfall liegenden Zeitpunktes und somit nur als Nacherbe erlangen soll. Fällt hier der vom Erblasser als Vorerbe Eingesetzte weg, so treten in Ermangelung einer Bestimmung des Erblassers, wenn neben dem weggefallenen Vorerben anwachsungsberechtigte Miterben vorhanden sind, diese, sonst aber die gesetzlichen Erben als Vorerben ein. Mit Eintritt des bestimmten Zeitpunktes kommt es dann zur Nacherbfolge. Die Behauptung Salingers S. 151, daß bei der bezeichneten Sachlage die Nacherbfolge gänzlich entfalle, ist offenbar unrichtig.

Digitized by Google

daß die Nacherben zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt zu sein brauchen, in der Lage, seine Erbschaft zu einem auf unabsehbare Zeit gebundenen Vermögen, d. i. zu einer Art Fideikommiß zu machen. Der Entwurf I. Lesung hatte, um eine solche dauernde Vinkulierung auszuschließen, festsetzen zu müssen geglaubt, daß die Nacherbfolge nur einmal eintreten dürfe. Bei der zweiten Lesung ist dies mit Recht aufgegeben worden. Die der Einsetzung von Nacherben gezogenen gesetzlichen Schranken (vgl. § 2109) sind jetzt folgende.[10]) Die Einsetzung eines Nacherben wird in aller Regel unwirksam, wenn der Fall der Nacherbfolge vor Ablauf von dreißig Jahren nach dem Erbfall noch nicht eingetreten ist.[11]) Die starre Durchführung dieser Regel würde jedoch in nicht gerade seltenen Fällen zu ganz unbefriedigenden Ergebnissen führen. Das Gesetz gestattet daher unter Umständen auch die Überschreitung der dreißigjährigen Frist, und zwar:

1. wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in

---

[10]) Vgl. hierzu des Verfassers Ausführungen in Jherings Jahrbüchern Bd. XXX S. 168 ff., Hachenburg a. a. O. S. 17 ff. und denselben in seinen Vorträgen S. 335. Nach Planck-Ritgen Erl. 3a zu § 2109 soll es in den hierher gehörenden Fällen (§ 2109 Z. 1) notwendig sein, daß der Eintritt der Nacherbfolge mit dem entscheidenden Ereignis zusammenfällt, und deshalb nicht genügen, „daß das Ereignis nur als Bedingung für die Nacherbfolge aufgestellt ist, die demnach gemäß § 2106 Abs. 1 eventuell erst mit dem Tode des Vorerben eintreten würde". Allein es ist völlig unerfindlich, warum folgende Anordnung unzulässig sein soll: Nach dem Tode meines Erben A, keineswegs früher, soll meine Erbschaft an den (zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugten) B gelangen, wenn er Kapitän zur See wird. Der Erblasser stellt hierbei den Fall der Nacherbfolge entweder auf den Zeitpunkt des Todes des Vorerben oder auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung, je nachdem die Bedingung vor oder nach dem Tode des Vorerben erfüllt wird. In dem einen wie in dem anderen Falle bewegt sich aber der Erblasser innerhalb der Schranke des § 2109 Z. 1. Planck-Ritgen gibt übrigens selbst zu, daß der Wortlaut des Gesetzes zu der von ihm vertretenen Auffassung nicht nötige und daß diese im Falle der Z. 2 des § 2109 geradezu ausgeschlossen sei. Auch bleibt unklar, wie Planck-Ritgen Fälle der vorerwähnten Art praktisch behandelt wissen will.

[11]) Ist der Eintritt des Ereignisses, auf welches die Nacherbfolge abgestellt ist, schon vor Ablauf von dreißig Jahren seit dem Erbfall nicht bloß vorübergehend, sondern für immer unmöglich geworden, so wird die Anordnung der Nacherbfolge schon hierdurch unwirksam. Anders ohne Begründung Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2109.

Digitized by Google

der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt[12]) und derjenige, in dessen Person[13]) dieser Eintritt erfolgen soll, zur Zeit des Erbfalls lebt, d. h. (vgl. § 1923) bereits erzeugt ist. Beispiele: Die Nacherbfolge soll eintreten beim Tode des zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugt gewesenen Vorerben; der-

---

[12]) Dafür, daß es sich hierbei notwendig um ein gerade in der Person des Vorerben oder des Nacherben eintretendes Ereignis handeln muß, scheint es an einem durchschlagenden Grunde zu fehlen. Auch erwachsen aus dieser Einschränkung — wie die zweite Kommission selbst nicht verkannt hat (vgl. Protokolle V S. 89) — Schwierigkeiten, die durch andere Fassung hätten vermieden werden können. Beispiel: Ein Erblasser setzt seinen Bruder A als Erben und den zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugten X für den Fall zum Nacherben ein, daß des A Sohn B in einen geistlichen Orden eintreten sollte. Nach dem Tode des A, dessen Erbe B wird, und nachdem dreißig Jahre seit dem Erbfall bereits abgelaufen sind, tritt B in einen geistlichen Orden ein. Ist die zu Gunsten des X getroffene Verfügung nach Maßgabe des § 2109 wirksam oder nicht? Als unzweifelhaft darf betrachtet werden, daß in dem Eintritt des B in den Orden ein in der Person des Vorerben A oder des — es soll angenommen werden, noch lebenden — Nacherben X eintretendes Ereignis nicht erblickt werden kann. Dies scheint also für die Unwirksamkeit der Ernennung des X zum Nacherben zu sprechen. So in der Tat Hellmann S. 219. Hiergegen läßt sich aber doch wieder folgendes geltend machen. Aus dem Inhalt der Verfügung ergibt sich, daß der Erblasser die nahe liegende Möglichkeit eines durch den A vermittelten Überganges seiner Erbschaft auf den B in Betracht gezogen und insofern also neben dem A auch den B als möglichen Vorerben des X ins Auge gefaßt hat. Die Verfügung ist deshalb bei der angenommenen Gestaltung des Falles so zu behandeln, wie sie behandelt werden müßte, wenn der Erblasser den Übergang der Erbschaft vom A auf den B ausdrücklich angeordnet hätte. Wäre aber dies geschehen, so würde die Ernennung des X zum Nacherben unter der Voraussetzung wirksam sein, daß der hiernach als Vorerbe in Betracht kommende B zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt hat.

[13]) Ganz besondere Schwierigkeiten können sich bei Anwendung der im Texte erwähnten Bestimmung dann ergeben, wenn der vom Erblasser ernannte Vorerbe, in dessen Person das den Fall der Nacherbfolge herbeiführende Ereignis eintreten soll, die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird, so daß die Erbschaft infolgedessen an einen anderen Vorerben gelangt. Kann man bei solcher Lage der Dinge mit Bezug auf ein Ereignis, das in der Person desjenigen eingetreten ist, der die Vorerbfolge ausgeschlagen hat, bzw. für erbunwürdig erklärt worden ist, noch sagen, daß es in der Person des Vorerben eingetreten ist? Das wird schlechthin weder bejaht noch verneint werden können. Die Entscheidung wird also von den besonderen Umständen des Falles abhängen.

Digitized by Google

selbe stirbt aber erst vierzig Jahre nach dem Erbfall. Es wäre widersinnig, wenn in diesem und in ähnlichen Fällen der Ablauf der dreißigjährigen Frist die Einsetzung des Nacherben hinfällig machen würde. Oder die Verfügung lautet: „Meine Erbschaft soll zunächst meiner Heimatsgemeinde zukommen, die meinem Neffen A eine lebenslängliche Rente von 1500 Mk. auszubezahlen hat. Sobald sich A jedoch verehelicht, soll er die ganze Erbschaft als Nacherbe erhalten." Auch wenn sich hier der Neffe erst verehelicht, nachdem dreißig Jahre seit dem Erbfall bereits vergangen sind, so soll seine Einsetzung als Nacherbe doch wirksam sein.

Allen hierher gehörenden Fällen ist übrigens gemeinsam, daß der Zustand der Gebundenheit ein langes Menschenleben nicht überdauern kann;[14]) denn wenn der Vorerbe oder der Nacherbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person ist, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist.

2. Die Nacherbenernennung ist ohne weitere Beschränkung zulässig, wenn der eingesetzte Nacherbe ein zu erwartender Bruder oder eine zu erwartende Schwester des Vor- oder Nacherben ist.[15]) Man hat hierbei vorzugsweise an eine Verfügung etwa folgenden Inhalts gedacht: „Meine Erbschaft soll zunächst dem A zufallen, nach dessen Tode zu gleichen Teilen den Kindern des B, und zwar derart, daß die beim Tode des A zum Erwerbe gelangenden Kinder des B an ihre etwa noch nachgeborenen Geschwister[16]) die entsprechenden Anteile abzugeben haben."[17]) Wird hier angenommen, daß zur Zeit des Todes des A ein Kind des B, wir bezeichnen es als X, bereits vor-

---

[14]) Dies deshalb nicht, weil nach § 2109 Abs. 1 Z. 1 derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt haben muß.

[15]) Trotzdem ist eine feste zeitliche Schranke schon durch die Lebensdauer des Vaters oder der Mutter desjenigen gegeben, welchem ein Bruder oder eine Schwester geboren werden soll.

[16]) Der Fall der Nacherbfolge braucht übrigens nicht notwendig auf den Zeitpunkt der Geburt eines Bruders oder einer Schwester abgestellt zu sein, sondern er kann vom Erblasser auch in der Anm. 10 angegebenen Weise (also etwa derart, daß er keinesfalls vor dem Tode des älteren Bruders erfolgen soll) bestimmt werden. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 3b zu § 2109.

[17]) Vgl. hierzu des Verfassers Ausführungen an dem Anm. 10 a. O. S. 171 ff.

Digitized by Google

handen ist, und daß später noch zwei, erst nach dem Tode des A erzeugte Brüder des X, wir bezeichnen sie mit Y und Z, geboren werden, so hat X als erster Nacherbe nach der Geburt seines Bruders Y an diesen die Hälfte der überkommenen Erbschaft herauszugeben, und haben X und Y nach der Geburt ihres Bruders Z an diesen von ihren Erbteilen so viel abzugeben, daß auf jeden der Brüder ein Drittel der Erbschaft entfällt. Alles dies gilt in unserem Falle selbst dann — und darin liegt die praktische Bedeutung der Bestimmung des § 2109 Z. 2 —, wenn die Brüder des ersten Nacherben X erst dreißig Jahre nach dem Erbfall erzeugt worden sind.

Denkt man sich unseren Fall jedoch so, daß auch X erst nach dem Tode des A und nachdem 30 Jahre seit dem Erbfall bereits vergangen sind, erzeugt worden ist, so bleibt es wieder bei der Regel des § 2109 Abs. 1. Ihr zufolge wird hier schon X nicht mehr Nacherbe und von einer weiteren Nacherbfolge zu Gunsten von Y und Z kann daher keine Rede sein.

IV. Bei der Nacherbfolge muß man zwei maßgebende Zeitpunkte wohl auseinander halten. Es kommt in Betracht:

1. Der „Fall der Nacherbfolge" (§§ 2108, 2109), d. i. der Zeitpunkt, in welchem die Nacherbfolge sich verwirklicht, mit welchem der Nacherbe in die Erbenstellung eintritt; im § 2106 wird im Hinblick auf diesen Zeitpunkt die nach der Terminologie des Gesetzes vollkommen zutreffende, aber doch leicht mißzuverstehende[18]) Wendung gebraucht, daß die Erbschaft dem Nacherben „anfällt".

Die Bestimmung des Falles der Nacherbfolge hängt innerhalb der gesetzlichen Schranken vom Willen des Erblassers ab. Hat dieser eine besondere Bestimmung nicht getroffen, so tritt der Fall der Nacherbfolge regelmäßig mit dem Tode des Vorerben ein. (§ 2106 Abs. 1.) Ist aber ein als Erbe Eingesetzter nur deshalb als Nacherbe zu behandeln, weil er zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt war, oder trifft dasselbe bei einer als Erbin eingesetzten juristischen Person aus dem Grunde zu, weil sie zur Zeit des Erbfalls noch nicht entstanden ist, so tritt die Nacherbfolge, vorausgesetzt, daß ihre Anordnung nicht nach Maßgabe der Vorschrift des § 2109

[18]) Ein Mißverständnis würde nämlich vorliegen, wenn man diesen Zeitpunkt des „Anfallens" als für die Vererblichkeit des Rechtes des Nacherben allein entscheidend betrachten wollte.

Digitized by Google

bereits unwirksam geworden ist,[19]) im ersten Falle mit der Geburt des Nacherben und im zweiten Falle mit der Entstehung der juristischen Person ein (§ 2106 Abs. 2).

Tritt der Fall der Nacherbfolge erst nach dem Tode des Vorerben ein, so vererbt dieser sein Erbrecht auf seinen Erben, so daß also der Nacherbe erst nach dem Erben des Vorerben in die Erbenstellung einrückt.

2. Ein zweiter maßgebender Zeitpunkt, er soll in Ermangelung eines gesetzlichen Ausdrucks als Zeitpunkt des Voranfalls bezeichnet werden, ist derjenige, mit welchem der Nacherbe eine vererbliche Anwartschaft auf den Eintritt der Nacherbfolge erwirbt.[20]) Der als Nacherbe Eingesetzte braucht also keineswegs unter allen Umständen den Fall der Nacherbfolge selbst zu erleben, es genügt in der Regel, wenn er auch nur einen früheren Zeitpunkt: den Voranfall der bevorstehenden Nacherbfolge erlebt hat. Welcher Zeitpunkt ist dies? Derselbe kann keinesfalls vor dem Erbfall liegen, fällt aber mit diesem regelmäßig zusammen, wenn der als Nacherbe Eingesetzte zur Zeit des Erbfalls bereits bzw. noch lebt. Beispiel: Der Erblasser hat den A als Erben und den bereits lebenden B mit der Bestimmung, daß die Erbschaft auf ihn mit des A Tode übergehen soll, als Nacherben eingesetzt. Stirbt B nach dem Erblasser aber vor dem A, so überträgt er seine Anwartschaft auf die Nacherbfolge auf seinen Erben (§ 2108 Abs. 2).

Eine abweichende Behandlung tritt jedoch ein:

a) wenn ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist;[21])

b) in denjenigen Fällen, wo sich die Person des Nacherben erst nach dem Zeitpunkte des Falles der Nacherbfolge bestimmt (vgl. § 2104);

c) wenn der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt ist, in welchem Falle es bei der Regel zu bewenden hat, daß der bedingt Eingesetzte die Erfüllung der Bedingung im Zweifel erleben muß (§§ 2108 Abs. 2, 2074).

---

[19]) Vgl. aber auch die Ausführung unter V.

[20]) Vgl. auch des Verfassers Transmission p. c. S. 179 ff.

[21]) Daraus allein, daß der Erblasser für den Nacherben einen Ersatzerben ernannt hat, kann noch nicht geschlossen werden, daß der erstere eine vererbliche Anwartschaft auf den künftigen Eintritt der Nacherbfolge nicht erlangen soll. Anders Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2108.

Digitized by Google

Einen eigentümlichen, in diesen Zusammenhang gehörenden Fall enthält § 2107. Darnach soll die Verfügung, durch welche der Erblasser seinem, zur Zeit der Errichtung derselben noch nachkommenlosen oder von ihm für nachkommenlos doch gehaltenen Abkömmling für die Zeit nach dessen Tode einen Nacherben bestimmt, mit Rücksicht auf die vermutliche Absicht des Erblassers nur für den Fall gelten, daß der Abkömmling ohne Nachkommenschaft, d. h. ohne einen „Abkömmling“ [22]) zu hinterlassen, stirbt. Im ersten Augenblick könnte man daher vielleicht zur Annahme geneigt sein, daß die Einsetzung des Nacherben in diesem Falle als aufschiebend bedingt anzusehen sei, und daß der Nacherbe somit nach der Regel des § 2074 den Zeitpunkt erleben müsse, in welchem der Vorerbe ohne Nachkommenschaft gestorben sei. Und doch wird regelmäßig anders zu entscheiden sein. Beispiel: Der Erblasser setzt seinen blödsinnigen Sohn A als Erben und den B als Nacherben ein. B wird hier nicht das nachkommenlose Versterben des A, sondern nur den Tod des Erblassers zu erleben brauchen. Denn der offenbare Zweck der Auslegungsregel des § 2107 erfordert nicht die gänzliche Ausschließung eines zu Gunsten des Nacherben eintretenden Voranfalls, sondern nur, daß dieser Voranfall sich als bedeutungslos erweist, wenn der Vorerbe Nachkommenschaft hinterläßt.[23])

Von einem Nacherben, der erst nach dem Erbfall geboren oder gar erst erzeugt worden ist, kann man natürlich nicht sagen, daß er

---

[22]) Indem sich das Gesetz im § 2107 auch des technischen Ausdrucks „Abkömmling“ (nämlich des Abkömmlings) bedient, bringt es zum Ausdruck, daß dabei (soweit nicht besondere Gründe für eine abweichende Absicht des Erblassers sprechen) an ein uneheliches Kind des Sohnes (§ 1589 Abs. 2) nicht zu denken ist. Stirbt der als Vorerbe eingesetzte Abkömmling mit Hinterlassung eines Abkömmlings, so erweist sich die Nacherbenernennung nach dem Wortlaut des § 2107 selbst dann als unwirksam, wenn der letztere dem als Vorerben Eingesetzten gegenüber nicht erbberechtigt ist. Eine abweichende Absicht des Erblassers ist aber auch hier zu berücksichtigen. Absichten, die der Erblasser erst nach der Errichtung seiner letztwilligen Anordnung formlos zum Ausdruck gebracht hat, können möglicherweise zur Interpretation der letztwilligen Anordnung verwendet werden, für sich allein aber nicht maßgebend sein. Anders Planck-Ritgen Erl. 3 a. E. z. § 2107.

[23]) Durch die bereits eingetretene Vererblichkeit des Rechtes des Nacherben ist ja auch sonst die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Einsetzung des Nacherben unwirksam wird; vgl. § 2109.

Digitized by Google

diesen Fall noch erlebt habe. Der Voranfall, d. h. der Erwerb der vererblichen Anwartschaft auf den Eintritt der Nacherbfolge kann daher in solchen Fällen nicht vor der Geburt des Nacherben eintreten. Erfolgt diese jedoch noch vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, so ist für den als Nacherben Eingesetzten, soweit nicht eine der früher erwähnten Ausnahmen Platz greift, eine vererbliche Anwartschaft auf den Eintritt der Nacherbfolge bereits begründet (§ 2108 Abs. 2).

V. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 2108 Abs. 1 finden die Vorschriften des § 1923[28a]) auf die Nacherbfolge „entsprechende" Anwendung. Wie sich diese gestaltet, bedarf genauerer Darlegung.

1. Nacherbe kann grundsätzlich nur werden, wer im Zeitpunkte, mit welchem die Nacherbfolge eintreten soll, bereits existent ist.

2. Ist der zur Nacherbfolge Berufene erzeugt, aber noch nicht geboren, so kann der Fall der Nacherbfolge keinesfalls vor der Geburt des Nacherben eintreten (§ 2106 Abs. 1). Fällt diese auf einen späteren Zeitpunkt, als mit dem sich der Übergang der Erbschaft auf den Nacherben nach der Anordnung des Erblassers oder nach der Vorschrift des Gesetzes hätte vollziehen sollen,[24]) so schließt der dadurch eintretende Aufschub des Anfalls an den Nacherben, daß dieser erst noch geboren werden muß, den nachträglichen Eintritt der Nacherbfolge dann nicht aus, wenn der Nacherbe zur angegebenen Zeit bereits erzeugt war.

3. Wird der zur Zeit des Erbfalls erzeugte aber noch nicht geborene Erbe nach dem Erbfall lebend geboren, so gilt der nun-

---

[28a]) Vgl. oben § 2 u. § 3 IV.

[24]) Man denke z. B. daran, daß die Nacherbfolge nach der Anordnung des Erblassers mit Ablauf von zehn Jahren nach dem Erbfall oder nach der Vorschrift des § 2106 Abs. 1 mit dem Tode des Vorerben hätte eintreten sollen, und daß der Nacherbe zu dem bezeichneten Zeitpunkte zwar bereits erzeugt, aber noch nicht geboren ist. Man beachte ferner § 2109 Abs. 1, wonach die Ernennung eines Nacherben mit Ablauf von dreißig Jahren nach dem Erbfall regelmäßig unwirksam wird, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Beruht der Nichteintritt des Falles der Nacherbfolge innerhalb dieser Frist lediglich darauf, daß der vor Ablauf der dreißig Jahre bereits erzeugte Nacherbe beim Ablauf der Frist noch nicht geboren ist, so gilt auch hier das im Texte Gesagte.

Digitized by Google

mehr eintretende Anfall der Erbschaft an ihn mit Rücksicht auf § 1923 als schon mit dem Erbfall erfolgt. Diese Behandlung ist auf Grund von § 2108 Abs. 1 auf die Nacherbfolge in der Weise zu übertragen, daß der Nacherbe, dessen Geburt abgewartet werden muß, nach seiner Geburt als Nacherbe schon von dem Zeitpunkte an zu gelten hat, über welchen der wirkliche Anfall der Erbschaft an den Nacherben hinausgeschoben werden mußte, weil dieser damals nur erzeugt, aber noch nicht geboren war.[25])

Die praktische Bedeutung dieser Entscheidung ergibt sich aus folgendem Beispiel: Laut des vom A hinterlassenen Testaments soll dem eingesetzten Erben X die Erbenstellung nur auf Lebenszeit zukommen, so daß also nach dessen Tode die im § 2104 bezeichneten gesetzlichen Erben des Erblassers als Nacherben in Betracht kommen. Von diesen gesetzlichen Erben ist der nächste zur Zeit des Todes des X nur als nasciturus vorhanden, während die entfernteren bereits geboren sind. Kommt es hier, sei es zu Gunsten des nächsten gesetzlichen Erben (weil dieser lebend geboren wird), sei es zu Gunsten der entfernteren gesetzlichen Erben (weil aus dem nasciturus ein natus nicht geworden ist) zur Nacherbfolge,[26]) so gilt der Nachlaß

[25]) Für diese Auffassung grundsätzlich auch Wilke S. 144 zu § 2106 und Planck-Ritgen Erl. 2 zu 1206 u. Erl. 1 zu § 2108, jedoch mit der Einschränkung (vgl. in dieser Beziehung auch noch Wilke S. 4), daß es sich in dem Spezialfalle des § 2106 Abs. 2 anders verhalte. Die genannten Schriftsteller scheinen hierbei jedoch zu übersehen, daß man in allen Fällen des Textes scharf unterscheiden muß zwischen dem Zeitpunkte, in welchem der Anfall der Erbschaft an den erwarteten Nacherben wirklich erfolgt, und dem Zeitpunkte, auf welchen der erfolgte Anfall mit Rücksicht auf § 2108 Abs. 1 zurückzuverlegen ist. Gerade dadurch, daß jener Zeitpunkt im Falle des § 2106 Abs. 2 kein anderer sein kann als der der Geburt des Nacherben, ist die Voraussetzung für das Eingreifen der weiteren Bestimmung des § 2108 Abs. 1 hinsichtlich des Zeitpunktes, mit welchem der Anfall als erfolgt zu gelten hat, gegeben. In ähnlicher Weise muß übrigens auch in den ursprünglichen Anwendungsfällen des § 1923 (vgl. dazu oben § 2 d. D.), ferner in den Fällen, wo die Erbschaft, weil der zur Erbfolge zunächst Berufene ausgeschlagen hat oder für erbunwürdig erklärt worden ist, einem bisher nur eventuell Berufenen anfällt (vgl. §§ 1953, 2344), zwischen dem Zeitpunkte des wirklichen Anfalls an den letzteren und dem Zeitpunkte, mit welchem der Anfall als erfolgt gilt, unterschieden werden.

[26]) Anders verhält es sich selbstverständlich dann, wenn es zur Nacherbfolge nicht kommt, weil alle in Frage kommenden gesetzlichen Erben ausschlagen (§ 2142 Abs. 2).

Digitized by Google

des A als auf die Erben des X nicht übergegangen, sondern als schon mit dem Tode des X dem (bzw. den) Nacherben angefallen. Den Erben des X ist daher auch im vorausgesetzten Falle hinsichtlich der vom A hinterlassenen Erbschaft für die Zeit zwischen dem Tode des X und der Entscheidung darüber, wer zur Nacherbfolge gelangt, die Vorerbenstellung nicht mehr zuzusprechen.

4. Der aus § 1923 sich ergebende Satz, daß Erbe nicht werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt, darf auf die Nacherbfolge nicht in der Weise übertragen werden, daß der als Nacherbe Eingesetzte den Eintritt des Falles der Nacherbfolge erleben muß. Eine solche Übertragung ist vielmehr durch die schon unter IV 3. 2 gewürdigte Vorschrift des § 2108 Abs. 2 über die unter gewissen Voraussetzungen eintretende Vererblichkeit der Anwartschaft auf eine bevorstehende Nacherbfolge ausgeschlossen.[27])

2. Rechtliche Stellung des Vorerben bis zum Eintritt der Nacherbfolge.

§ 28.

Solange der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten ist, kommt die Erbenstellung dem Vorerben zu. Er ist während dieser Zeit nicht etwa bloßer Nießbraucher der Erbschaft, sondern Erbe und daher Eigentümer, Gläubiger, Schuldner, soweit dies bisher der Erblasser war, aber nur auf Zeit, d. h. bis zum Zeitpunkte des Eintrittes des Falles der Nacherbfolge. Er steht daher auch der Erbschaft sehr viel weniger frei gegenüber als ein anderer Erbe, dem eine Ablösung durch einen Nacherben nicht bevorsteht.[1])

Die praktische Stellung des Vorerben ist übrigens nicht unter allen Umständen die gleiche.

I. Regelmäßig gelten folgende Grundsätze:

1. Der Vorerbe hat dem Nacherben auf Verlangen ein (mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehendes und von ihm zu unterzeichnendes) Verzeichnis[2]) der zur Erbschaft gehörenden Gegen-

---

[27]) Nicht ganz zutreffend Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2142 (19. u. 20. Zeile v. u.) im Gegensatz zur richtigen Behandlung in Erl. 2 zu § 2108.

[1]) Vgl. hierzu Hachenburg: Die Einsetzung eines Nacherben S. 32 ff.

[2]) Hinsichtlich dieses Verzeichnisses — auf das § 2009 keine Anwendung findet — kann der Nacherbe vom Vorerben noch verlangen: 1. die öffentliche

Digitized by Google

stände[3]) mitzuteilen (§ 2121) und er hat, wenn Grund zur Annahme besteht, daß durch seine Verwaltung das Recht des Nacherben erheblich verletzt wird, diesem auch über den späteren Bestand der Erbschaft Auskunft[4]) zu erteilen (§ 2127). Auf Veranlassung des Vorerben oder des Nacherben kann es ferner zu einer Feststellung[5]) des Zustandes der zur Erbschaft gehörenden Sachen und[6]) rücksichtlich gewisser Objekte (Wald, Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage) zur Feststellung eines das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung bestimmenden und bei erheblicher Änderung der Umstände entsprechend zu ändernden Wirtschaftsplans[7]) kommen. Vgl. §§ 2122, 2123.

2. Bis zum Eintritt des Falles der Nacherbfolge gebühren dem Vorerben nach Maßgabe des § 101 die Nutzungen der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände[8]) und kommt ihm die Verwaltung der Erbschaft zu. Obschon zu dieser Verwaltung aus eigenem Rechte berufen, hat sich der Vorerbe bei ihrer Führung doch vor Augen zu halten,

---

Beglaubigung der Unterschrift; 2. seine Zuziehung bei der Aufnahme des Verzeichnisses; 3. die Aufnahme des Verzeichnisses durch einen zuständigen Beamten oder Notar; zu solcher Aufnahme ist übrigens der Vorerbe auch ohne Verlangen des Nacherben berechtigt. Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen der Erbschaft zur Last. Vgl. § 2121.

[3]) Also nicht auch der Nachlaßverbindlichkeiten.

[4]) Vgl. hierzu § 260.

[5]) Die Kosten dieser Feststellung hat der Antragsteller zu tragen (§ 2122).

[6]) Das Gesetz (§ 2123) überträgt hier eine zunächst beim Nießbrauch getroffene Bestimmung (§ 1038) auf das Recht der Nacherbfolge.

[7]) Die hierauf sich beziehenden Kosten fallen der Erbschaft zur Last (§ 2123).

[8]) Das Eigentum an den auf die Zeit der Vorerbfolge entfallenden Früchten erwirbt der Vorerbe in seiner Eigenschaft als zeitweiliger Herr der Erbschaft nach Maßgabe des § 953. Dieser Erwerb erstreckt sich auch auf solche Früchte, die der Vorerbe den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder infolge eines besonderen Ereignisses (z. B. Windbruch) im Übermaße zieht. Der Wert solcher Früchte gebührt ihm jedoch „nur insoweit, als durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die ihm gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden und nicht der Wert der Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist“ (§ 2133). Den ihm hiernach nicht gebührenden Wertunterschied hat also der Vorerbe beim Eintritt des Falles der Nacherbfolge herauszugeben. Vgl. mit § 2133 übrigens auch die verwandte, aber nicht identische Bestimmung des § 1039. Man beachte insbesondere, daß § 2133 dem Vorerben eine Verpflichtung zur Sicherstellung nicht auferlegt.

Digitized by Google

daß er die Erbschaft nach dem Eintritt der Nacherbfolge in dem Zustande[9]) herauszugeben hat, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt (§ 2130). Soweit diese Herausgabepflicht in Frage kommt, ist also der Vorerbe dem Nacherben gegenüber zur ordnungsmäßigen Führung der Verwaltung verpflichtet und hat er für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 2131). Auf Verlangen des Nacherben hat der Vorerbe über seine Verwaltung auch Rechenschaft abzulegen (§ 2130 Abs. 2).

Verwaltungspflichten besonderer Art obliegen dem Vorerben nach folgenden Richtungen hin:

a) Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dauernd anzulegen ist, darf er nur nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften anlegen (§ 2119).

b) Auf Verlangen des Nacherben hat er

α) in betreff der zur Erbschaft gehörenden Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen,[10]) daß er über die Forderung nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann (§ 2118); und unter derselben Voraussetzung ist er

β) verpflichtet, die zur Erbschaft gehörenden Inhaberpapiere

---

[9]) Hat der Vorerbe ein landwirtschaftliches Grundstück oder ein Landgut herauszugeben, so sind die Vorschriften der §§ 592, 593 entsprechend anzuwenden (§ 2130).

[10]) Daß sich an die Vornahme des Vermerks auch der wirkliche Eintritt der durch dessen Inhalt bezeichneten Wirkung knüpft, wird im Gesetz zwar nicht ausgesprochen (anders § 2116 Abs. 2; vgl. auch § 1819), aber doch in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise als selbstverständlich vorausgesetzt. Den Beweis liefert § 1816 in Verbindung mit § 1820; denn aus dem Worte „auch" im 1. Abs. und aus der Bezugnahme auf § 1816 im 2. Abs. des § 1820 ergibt sich mit Sicherheit, daß die dem Inhalt des Vermerks zuwiderlaufenden Verfügungen nicht vorgenommen werden können. Vgl. übrigens auch § 7 Abs. 3 des RG. vom 31. 5. 1891 betreffend das Reichsschuldbuch und die Landesgesetze (Preußen, Sachsen) über Buchforderungen an einen Bundesstaat. Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist noch zu bemerken, daß das, was § 1820 in betreff der Übernahme der Verpflichtung zu einer Verfügung durch den Vormund bestimmt, auf die Übernahme einer solchen Verpflichtung durch den Vorerben nicht übertragen werden kann. Denn die von einem Vorerben eingegangenen Verpflichtungsgeschäfte lassen grundsätzlich den Nacherben ganz unberührt. Vgl. die weitere Ausführung im Texte S. 186, 187.

Digitized by Google

(nebst den Erneuerungsscheinen),[11]) soweit sie nicht, wie z. B. Banknoten, nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören, und mit Ausschluß der Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine, bei einer Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann. An eine derartige Hinterlegung knüpft das Gesetz die Folge, daß der Vorerbe über die hinterlegten Papiere nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann.[12]) Was hier in betreff der Inhaberpapiere gesagt worden ist, gilt übrigens in gleicher Weise auch für die mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere. Vgl. § 2116.

Die unter β) erwähnte Verpflichtung des Vorerben ist jedoch keine ganz unbedingte. Denn diesem steht nach § 2117 das Recht zu, die Papiere, statt sie in der angegebenen Weise zu hinterlegen, mit der Bestimmung, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann, auf seinen Namen umschreiben oder, dafern sie von dem Reiche oder einem Bundesstaate ausgestellt sind, mit der gleichen Bestimmung in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat umwandeln zu lassen.

c) Im Falle eines nach Maßgabe des § 2123 festgesetzten Wirtschaftsplans ist der Vorerbe dem Nacherben gegenüber zur Einhaltung desselben verpflichtet.

---

[11]) Abgesehen von diesen (über ihre rechtliche Natur vgl. § 805) nicht auch sonstige bloße Legitimationspapiere (§ 808) wie Sparkassenbücher, Leihhausscheine u. drgl.

[12]) Tritt der Vorerbe in einem Falle solcher Art seinen mittelbaren Besitz zum Zwecke der Verfügung über das Papier an einen Dritten ab, so greift für diesen ein Schutz nach § 931 in Verbindung mit § 934 gegenüber dem Nacherben noch nicht durch. Denn vermöge des Mitrechtes des Nacherben kommt dem Vorerben ein mittelbarer Besitz von der in den §§ 931, 934 vorausgesetzten Beschaffenheit nicht zu. Dies übersehen Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2116 und Salinger S. 158 Anm. 63. Anders ist natürlich zu entscheiden (vgl. § 934 a. E.), wenn der Dritte die Papiere von der Hinterlegungsstelle erlangt. Zu mit den hier vertretenen im wesentlichen übereinstimmenden Ergebnissen gelangt Hachenburg, Vorträge S. 147, 148. Nicht beizustimmen ist Hachenburg jedoch darin, daß er die hier in Frage stehenden vom Vorerben einseitig vorgenommenen Verfügungen als nichtig behandelt. Warum sollen sie z. B. nicht vom Nacherben durch Genehmigung zur Wirksamkeit gebracht werden können? Vgl. auch Planck-Ritgen a. a. O.

Digitized by Google

Wegen der durch die ordnungsmäßige Benutzung herbeigeführten Veränderungen und Verschlechterungen von Erbschaftsgegenständen haftet der Vorerbe nicht (§ 2132). Hat er aber einen Erbschaftsgegenstand[13]) für sich verbraucht oder sonst verwendet, so ist er mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber, unbeschadet weiterer Haftung wegen Verschuldens, zum Wertersatz[14]) verpflichtet (§ 2134).

Die auf die Zeit der Dauer seines Rechtes (vgl. § 103) entfallenden gewöhnlichen Erhaltungs- und Verwaltungskosten und ordentlichen Lasten[15]) trägt dem Nacherben gegenüber der Vorerbe (§ 2124 Abs. 1 u. § 2126). Hinsichtlich der sonstigen Aufwendungen auf die Erbschaft ist folgendermaßen zu entscheiden: Sind sie so geartet, daß der Vorerbe sie zum Zwecke der Erhaltung von Erb-

---

13) Als solcher kommt selbstverständlich nicht mehr in Betracht, was dem Vorerben als Frucht eines Erbschaftsgegenstandes zugefallen ist und zwar auch dann nicht, wenn eine Verpflichtung zum Wertersatz nach § 2133 begründet ist.

14) Der Wert welcher Zeit ist hierbei maßgebend? Im allgemeinen doch wohl der zur Zeit des Verbrauchs, der Verwendung. Eine darüber hinausgehende Haftung des Vorerben kann jedoch eintreten, wenn die Verwendung den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider geschah und zwar im Falle eines dem Vorerben zurechenbaren Verschuldens auf Ersatz des durch den Wertersatz nicht gedeckten Schadens und bei Nichtvorhandensein eines solchen Verschuldens auf die beim Vorerben zur Zeit des Falles der Nacherbfolge vorhandene Bereicherung, soweit sie den Wert des Gegenstandes zur Zeit der Verwendung übersteigt. Im Hauptpunkte (Zeit der Bewertung) entscheidet Planck-Ritgen, Erl. zu § 2134 ebenso, wie es hier geschehen ist, jedoch mit der nicht durchaus zutreffenden Begründung, daß es dem Vorerben allgemein gestattet sei, Erbschaftsgegenstände gegen Ersatz des Wertes für sich zu verwenden. Wenn dies zuträfe, könnte ja doch offenbar von einer weitergehenden Haftung des Vorerben wegen Verschuldens gar keine Rede sein.

15) § 2124 Abs. 1 spricht freilich nur von den gewöhnlichen „Erhaltungskosten"; die weitere Fassung des Textes ergibt sich aber per argumentum a. c. aus § 2126. Die während der Dauer der Vorerbfolge aufgelaufenen Kosten eines Rechtsstreits über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand gehören übrigens zu den vom Vorerben gegenüber dem Nacherben zu tragenden ordentlichen Lasten nicht; über diese Abweichung von der ehegüterrechtlichen Bestimmung des § 1387 Z. 1, vgl. Motive V S. 104 und Planck-Ritgen, Erl. 1 z. § 2124.

Digitized by Google

schaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten darf,[16]) oder bestehen sie in der Deckung außerordentlicher Lasten, die als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind,[17]) so darf er sie aus der Erbschaft bestreiten[18]) oder steht ihm, wenn er sie aus seinem eigenen Vermögen bestreitet, beim Eintritt des Falles der Nacherbfolge ein gegen den Nacherben, den die Verpflichtung als Nachlaßverbindlichkeit trifft, sich richtender Anspruch auf vollen Ersatz zu.[19]) Wegen Verwendungen auf die Erbschaft, für die das eben Gesagte nicht zutrifft, kann dagegen der Vorerbe vom Nacherben nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag[20]) Ersatz verlangen,[21]) jedoch unbeschadet des Rechtes zur Wegnahme einer Einrichtung, mit der er eine zur Erbschaft gehörende Sache versehen hat. Vgl. §§ 2124 bis 2126.

3. Eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben[22])

---

[16]) Die maßgebende Vorschrift des § 2124 Abs. 2 schließt sich in der Fassung an § 670 an.

[17]) Hierher gehört z. B. die für die Aufhebung einer Reallast gezahlte Ablösungssumme. In gleicher Weise muß aber auch die Abzahlung jeder den Nachlaß belastenden Kapitalschuld behandelt werden (vgl. Planck-Ritgen, Erl. 3 z. § 2126). Soweit der Vorerbe durch eine Erbschaftssteuer lediglich in Ansehung des von ihm durch die Erbschaft erlangten Vermögensvorteils getroffen werden soll, wird sie im Verhältnis zum Nacherben nur vom Vorerben zu tragen sein; denn sie bildet insoweit wirtschaftlich eine Last der dem Vorerben zu teil gewordenen Vermögensvermehrung, nicht der Erbschaft selbst.

[18]) Erforderlichenfalls auch durch Veräußerung von Erbschaftsgegenständen, wozu der Vorerbe unter Umständen (§ 2120) freilich erst die Einwilligung des Nacherben einholen muß.

[19]) Eine andere Frage ist, ob dieser Anspruch bei beschränkter Haftung des Nacherben auch voll durchgesetzt werden kann. Dadurch jedoch, daß der Gegenstand, auf welchen die Verwendungen gemacht worden sind, später durch Zufall untergegangen ist und deshalb dem Nacherben nicht herausgegeben werden kann, wird das Dasein und der Umfang des Anspruchs nicht berührt.

[20]) Vgl. §§ 683, 684.

[21]) Auch diese Verbindlichkeit trifft den Nacherben als Nachlaßverbindlichkeit.

[22]) Ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft eine Verfügung erforderlich, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann, so ist der letztere dem ersteren gegenüber zur Erteilung seiner Einwilligung verpflichtet. Die Einwilligung ist auf Verlangen des Vorerben in öffentlich beglaubigter Form zu erteilen; die Kosten der Beglaubigung fallen aber dem Vorerben zur Last. Vgl. § 2120.

Digitized by Google

hinsichtlich der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände[23]) tritt von Rechtswegen in folgenden Fällen ein:

a) In betreff der Verfügungen über zur Erbschaft gehörende Grundstücke oder über Rechte an Grundstücken (§ 2113 Abs. 1, vgl. aber auch § 2114); demgemäß ist nach § 52 GBO. bei der Eintragung des Vorerben[24]) von Amtswegen zugleich auch das Recht des Nacherben einzutragen.[25])

b) Rücksichtlich unentgeltlicher Verfügungen über Erbschaftsgegenstände überhaupt, soweit sie nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Dasselbe gilt selbstverständlich auch von den Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand, die der Vorerbe zum Zwecke der Erfüllung eines von ihm erteilten Schenkungsversprechens macht (§ 2113 Abs. 2).

Verfügungen im Sinne von a) und b) sind grundsätzlich insoweit unwirksam,[26]) als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden; doch finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Ist also z. B. im Falle a) das Recht des Nacherben im Grundbuch nicht eingetragen und erfolgt auf Grund einer vom Vorerben hinsichtlich eines zur Erbschaft gehörenden Grundstücks vorgenommenen Auflassung die Eintragung des Erwerbers, so kommt diesem die Vorschrift des § 892 zu statten. Veräußert ferner der Vorerbe eine zur Erbschaft gehörende bewegliche Sache unentgeltlich

---

[23]) Schon hier ist darauf aufmerksam zu machen, daß als Erbschaftsgegenstände auch diejenigen Gegenstände in Betracht kommen, die kraft des im § 2111 ausgesprochenen Surrogationsprinzips zur Erbschaft gehören. Vgl. unten § 28a.

[24]) Die Vornahme dieser Eintragung kann der Nacherbe nach § 895 vom Vorerben verlangen.

[25]) Ist das Recht des Nacherben eingetragen, so kann dieser durch weitere bücherliche Verfügungen des Vorerben nicht mehr nachteilig berührt werden. Der Vornahme der der bücherlichen Verfügung des Erben entsprechenden Eintragung steht daher auch § 2213 Abs. 1 dann nicht mehr entgegen.

[26]) Einer besonderen Geltendmachung der Unwirksamkeit durch den Nacherben — so Frommhold S. 143 — bedarf es nicht. Die Unwirksamkeit kann übrigens selbst nach Eintritt der Nacherbfolge durch Genehmigung des Nacherben und durch dieser gleichkommende Vorgänge geheilt werden. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2113.

Digitized by Google

(Fall b) an einen Dritten, dem die Beschränkung der Verfügungsmacht des Veräußerers nicht bekannt war, und dem diese Unkenntnis auch nicht als grobe Fahrlässigkeit angerechnet werden kann, so erwirbt der Dritte nach Maßgabe der §§ 932 bis 934[27]) das Eigentum.[28]) Ein nach manchen Richtungen hin noch weiter gehender Schutz des Dritten kann sich ferner nach Maßgabe der hier nicht weiter zu besprechenden Vorschriften der §§ 2366, 2367[29]) dann ergeben, wenn der veräußernde Vorerbe durch einen Erbschein legitimiert ist, in dem der bevorstehende Eintritt einer Nacherbfolge unerwähnt geblieben ist.

c) In betreff der zur Erbschaft gehörenden Hypothekenforderungen,[30]) Grundschulden und Rentenschulden ist noch besonders zu bemerken, daß dem Vorerben neben dem Rechte der Kündigung auch das Recht zur Einziehung zusteht, aber nur in der Weise, daß das Kapital an ihn nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben gezahlt oder daß es für ihn und den Nacherben hinterlegt wird. Für andere Verfügungen[31]) über eine Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld gilt ohne weiteres das unter a) Gesagte. Vgl. § 2114.

d) Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung[32]) oder der Arrestvollziehung oder durch den

---

[27]) Vgl. aber auch Anm. 12.

[28]) Die erlangte Bereicherung muß aber der Dritte nach Maßgabe von § 816 Abs. 1 Satz 2 freilich wieder an den Nacherben herausgeben.

[29]) Vgl. darüber unten § 67 d. D.

[30]) Ob der Eigentümer des belasteten Grundstücks auch der persönliche Schuldner ist oder nicht, ist gleichgültig.

[31]) Z. B. Abtretung, Verpfändung. Mit der Aufrechnung dürfte es sich also verhalten: Sie kann, soweit ihre Voraussetzungen vorhanden sind, vom Schuldner auf Grund einer gegen den Nachlaß sich richtenden Gegenforderung wirksam erklärt werden. Der Vorerbe kann dagegen einen Anspruch, über den er nicht verfügen kann, auch nicht zur Aufrechnung verwenden.

[32]) Nach dem festen Sprachgebrauch des Gesetzes (vgl. §§ 135, 184, 353, 499, 883) und nach der Absicht der Kommission sind hiermit nur die Fälle getroffen, in welchen persönliche Gläubiger des Vorerben zur Hereinbringung ihrer Geldforderungen Zwangsvollstreckung in zur Erbschaft gehörende Gegenstände führen wollen. Die zum Zwecke solcher Zwangsvollstreckung dienenden Maßregeln sind nach Maßgabe des § 2115 unwirksam, ohne alle Rücksicht darauf, ob der Vorerbe selbst über den Gegenstand, in den die Zwangsvoll-

Digitized by Google

Konkursverwalter[33]) erfolgen, sind, dafern sie nicht infolge der Geltendmachung des Anspruchs eines Nachlaßgläubigers oder eines an einem Erbschaftsgegenstand bestehenden und dem Nacherben gegenüber wirksamen Rechtes vorgenommen worden sind, im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Vgl. § 2115, ferner § 773 CPO. und § 128 KO.

e) Wenn der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück einem Dritten miet- oder pachtweise überläßt, so liegt darin zwar keine Verfügung im technischen Sinne[34]) über das Grundstück, aber doch ein einer solchen Verfügung sehr verwandter Vorgang. Denn

---

streckung geführt werden will, hätte verfügen können oder nicht. Als Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 2115 ist dagegen nicht auch der im § 897 CPO. bezeichnete Vorgang zu verstehen. Beispiel: Gegen den Vorerben, der eine zur Erbschaft gehörende bewegliche Sache den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung zuwider verkauft, seine Verpflichtung zur Übergabe aber unerfüllt gelassen hat, erwirkt der Käufer ein die Verpflichtung des Beklagten zur Übergabe aussprechendes Urteil und auf Grund desselben die Wegnahme der Sache nach § 897 CPO. In diesem Falle ist die Verfügung wirksam, weil das Gesetz der Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher hier dieselbe Wirkung beilegt wie der Übergabe durch den Verkäufer selbst. Vgl. auch Hellmann S. 220, 221 und Protokolle V S. 113. Unzutreffend ist es jedoch, wenn dieses Ergebnis in den Protokollen damit begründet werden will, daß in dem uns hier beschäftigenden Falle die Verfügung über ein einzelnes Objekt schon vom Vorerben selbst getroffen worden sei. Denn darin, daß der Vorerbe eine zur Erbschaft gehörende Sache lediglich verkauft, kann eine Verfügung im technischen Sinne noch nicht erblickt werden. Vgl. auch Planck, Kommentar I S. 148.

[33]) Hierbei wird vorausgesetzt, daß der Vorerbe Gemeinschuldner ist. Hatte der Vorerbe z. B. eine zur Erbschaft gehörende bewegliche Sache vor der Eröffnung des Konkurses verkauft, dem Käufer aber noch nicht übergeben, so kann der letztere nur als Konkursgläubiger auftreten. Die Möglichkeit einer Befriedigung des Gläubigers durch Übertragung des Eigentums an der gekauften Sache ist dem Konkursverwalter durch § 2115 versagt. Um so weniger dürfen zur Erbschaft gehörende Gegenstände, wenn sich der Vorerbe zu ihrer Veräußerung nicht verpflichtet hat, durch Verfügung des Konkursverwalters der Nacherbfolge entzogen werden.

[34]) Denn durch die miet- oder pachtweise Überlassung des Grundstücks wird dieses doch keineswegs unmittelbar belastet. Anders freilich Cosack, II § 243 auf Grund der von ihm vertretenen Lehre vom „dinglichen" Mietrecht.

Digitized by Google

auch im Falle solcher Überlassung entsteht die Frage, ob der Nacherbe nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge an das Miet- oder Pachtverhältnis gebunden ist? Nach der Entscheidung des Gesetzes (§ 2135) sind hierbei die Vorschriften des § 1056 entsprechend zur Anwendung zu bringen. Demgemäß muß der Nacherbe das Miet- oder Pachtverhältnis für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist gegen sich gelten lassen. Unter Einhaltung dieser Frist kann er aber (und zwar nicht nur für den ersten gesetzlichen Termin) kündigen. Der Mieter oder Pächter ist jedoch berechtigt, den Nacherben nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache; ist diese Aufforderung erfolgt, so kann die Kündigung nach dem Ablauf der Frist nicht mehr stattfinden. Soweit der Nacherbe an das Miet- oder Pachtverhältnis gebunden ist, ist seine Rechtsstellung im wesentlichen[35]) nach den Vorschriften zu beurteilen, die für die Rechtsstellung des Erwerbers gelten, der ein vermietetes oder verpachtetes Grundstück im Wege der freiwilligen Veräußerung an sich gebracht hat.

Abgesehen von den Fällen unter a) bis e)[36]) kommt dem Vorerben — unbeschadet seiner Verantwortlichkeit — rücksichtlich der Erbschaftsgegenstände nach der Regel des § 2112 zunächst eine un-

---

[35]) Eine Abweichung tritt nur insofern ein, daß die Bestimmung des § 573 Satz 2 im Falle des § 2135 ebensowenig eingreift wie in dem des § 1056, d. h. praktisch: der Nacherbe braucht Verfügungen des Vorerben über den Mietzins einer Zeit, die noch über das dem Eintritt der Nacherbfolge folgende Kalendervierteljahr hinausliegt, selbst dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er zur Zeit des Eintrittes der Nacherbfolge von dieser Verfügung Kenntnis hat.

[36]) Für die Zeit der Vorerbfolge ist der Vorerbe hinsichtlich der zur Erbschaft gehörenden Rechtsverhältnisse aktiv und passiv zur Prozeßführung legitimiert. Das in einem solchen Prozesse über einen gegen den Vorerben als Erben gerichteten Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergehende Urteil wirkt, sofern es vor dem Eintritt der Nacherbfolge rechtskräftig wird, auch *für* den Nacherben. Eine Wirkung *gegen* den Nacherben kommt dem Urteil nur zu, wenn es einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand betrifft, über den der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben verfügen kann. Vgl. § 326 CPO. und dazu die interessanten, aber nicht einwandfreien Ausführungen *Hellwigs* in dem Buche: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901), S. 226 ff.

Digitized by Google

beschränkte Verfügungsmacht zu.[37]) Der Nacherbe ist aber jederzeit befugt, die Vornahme der schon oben unter Z. 2b) erwähnten Maßregeln zu verlangen, infolge welcher die Möglichkeit einer ihm nachteiligen Verfügung des Vorerben über zum Nachlaß gehörende Wertpapiere (der oben bezeichneten Art) und über zum Nachlaß gehörende Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat ausgeschlossen ist. Wird aber durch das Verhalten des Vorerben[38]) oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben[39]) begründet, so kann dieser vom Vorerben Sicherstellung[40]) verlangen und, wenn diese nicht geleistet wird, nach Maßgabe des hier entsprechend anzuwendenden § 1052 die Anordnung einer unter gerichtlicher Aufsicht stehenden Verwaltung[41]) verlangen, infolge deren der Vorerbe das Recht, über

---

[37]) Der Hervorhebung bedürfen folgende Punkte: 1. Die Annahme oder Ausschlagung einer dem Erblasser vorerst nur angefallenen Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses fällt unter die Regel des § 2112, der Vorerbe kann also seine Entscheidung, jedoch unbeschadet seiner Verantwortlichkeit gegenüber dem Nacherben, selbstständig treffen. Unhaltbar ist es, wenn Wilke S. 26 die Ausschlagung einer solchen Erbschaft (und wohl auch eines solchen Vermächtnisses) insoweit nach § 2113 beurteilt wissen will, als zur Erbschaft ein Grundstück gehört (bzw. ein Grundstück den Gegenstand eines Vermächtnisses bildet). Besonders hervorzuheben ist jedoch, daß dem Vorerben die Möglichkeit der Entscheidung über Ausschlagung oder Annahme einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung entzogen sein kann. 2. Ist der Vorerbe nur ein Miterbe oder sind mehrere Miterben Vorerben, so bildet die bevorstehende Nacherbfolge kein grundsätzliches Hindernis der Erbteilung. Soweit jedoch zur Durchführung der letzteren Verfügungen vorgenommen werden wollen, deren Wirksamkeit durch den Eintritt der Nacherbfolge in Frage gestellt werden würde, bleibt es bei den Vorschriften der §§ 2113 ff. Es wird also Einholung der Einwilligung des Nacherben geboten sein.

[38]) Ein wirkliches Verschulden braucht nicht vorzuliegen.

[39]) Zur Wahrung der „künftigen Rechte" des noch nicht geborenen, ja sogar des noch nicht einmal erzeugten Nacherben oder eines solchen Nacherben, dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, kann nach Maßgabe der §§ 1912, 1913 ein Pfleger bestellt werden. Vgl. ferner § 2222.

[40]) Vgl. §§ 232 ff.

[41]) Für die zur Erbschaft gehörenden Forderungen ist die Entziehung der Verwaltung — und dasselbe gilt auch für die Aufhebung der Entziehung — dem Schuldner gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird (§ 2129 Abs. 2).

Digitized by Google

Erbschaftsgegenstände zu verfügen, gänzlich[42]) einbüßt. Vgl. §§ 2128,[43]) 2129.

4. Ist der Vorerbe nur Teilerbe, so kann er über seinen Anteil am ungeteilten Nachlaß[44]) vorbehaltlich der Rechte des Nacherben nach § 2033 verfügen.[45]) In einen solchen Anteil können die Gläubiger des Vorerben mit derselben Beschränkung Zwangsvollstreckung führen (§ 859 Abs. 2 CPO.). Soweit § 2033 nicht eingreift, ist eine Verfügung des Vorerben über sein Gesamtrecht ausgeschlossen.[46]) Die Ausübung der ihm zustehenden Vermögensrechte kann er jedoch im einzelnen einem anderen überlassen und von seinen Gläubigern können die ihm zukommenden Nutzungen gepfändet werden.[47])

5. Schließt der Vorerbe, sei es im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft, sei es außerhalb desselben ihn verpflichtende und auf Nachlaßgegenstände sich beziehende obligatorische Verträge ab, so entstehen daraus grundsätzlich immer nur Eigenverbindlichkeiten des Vorerben, nicht Nachlaßverbindlichkeiten; eine

---

[42]) Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden aber auch hier entsprechende Anwendung (§ 2129 Abs. 2 Satz 1).

[43]) Durch dessen Vorschriften werden selbstverständlich die allgemeinen Sicherungsmaßregeln des Arrestes und der einstweiligen Verfügung nicht ausgeschlossen.

[44]) Eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand steht dabei nicht in Frage.

[45]) Über die rechtliche Natur dieser Verfügung vgl. unten § 64 d. D.

[46]) So verhält es sich, wenn der Vorerbe Alleinerbe ist, oder wenn er als Teilerbe vor dem Eintritt der Nacherbfolge die Auseinandersetzung bereits vollständig durchgeführt hat.

[47]) Über den dabei möglicherweise eintretenden Ausschluß oder die Einschränkung dieser Pfändung vgl. außer der auf einen speziellen Fall sich beziehenden Vorschrift des § 863 CPO. auch die allgemeinere des § 850 Abs. 1 Z. 3; auch die letztere ist übrigens nur insoweit maßgebend, als die laut derselben erforderlichen Voraussetzungen im konkreten Falle wirklich vorliegen. Also z. B. gewiß dann nicht, wenn es zur Vorerbfolge nur deshalb kommt, weil die vom Erblasser ausgesprochene Erbeinsetzung nach § 2201 als Einsetzung eines Nacherben behandelt wird. Vgl. übrigens auch Planck-Ritgen Vorbem. 4a zu §§ 2100 ff., der die Anwendung des § 850 Abs. 1 Z. 3 CPO. auf Fälle der Vorerbfolge mit den Protokollen V S. 575 lieber ganz ablehnen möchte.

Digitized by Google

Abweichung hiervon tritt nur insoweit ein, als der Nacherbe nach § 2135 in die für ihn als Nachlaßverbindlichkeit in Betracht kommende Verpflichtung aus einem vom Vorerben hinsichtlich eines zur Erbschaft gehörenden Grundstücks abgeschlossenen Miet- oder Pachtvertrag eintritt. Die Erfüllung der vorerwähnten Eigenverbindlichkeiten kann der Vorerbe — unbeschadet der ihn treffenden Verantwortlichkeit — aus der Erbschaft insoweit bewirken, als er nach Maßgabe der Ausführungen unter Z. 3 über Nachlaßgegenstände verfügen kann. Geht die Verbindlichkeit des Vorerben auf Zahlung einer Geldsumme, so ist jedoch dem Gläubiger die Führung der Zwangsvollstreckung in zur Erbschaft gehörende Gegenstände unbedingt versagt.[48]) Hatte sich der Vorerbe dagegen dem Dritten gegenüber in Ansehung eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes zur Vornahme einer ihm zukommenden Verfügung (z. B. zur Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache) verpflichtet, so kann diese während der Dauer der Vorerbfolge vom Gläubiger nach § 897 CPO. erzwungen werden.[49]) Sind Eigenverbindlichkeiten des Vorerben, deren Erfüllung aus der Erbschaft rechtlich zulässig gewesen wäre, bis zum Eintritt der Nacherbfolge unerfüllt geblieben, so kann der Vorerbe vom Nacherben insoweit Liberierung[50]) verlangen, als die Verbindlichkeiten innerhalb des Rahmens der ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft oder zwar darüber hinaus, aber zwecks auf die Erbschaft gemachter Verwendungen (vgl. § 2125) eingegangen worden und nach den früher dargelegten Grundsätzen wirtschaftlich vom Nacherben zu tragen sind.

6. Die vom Vorerben in Ansehung der ihm angefallenen und der eventuellen Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft oder in Ansehung einzelner zu dieser gehörenden Gegenstände getroffenen Verfügungen von Todeswegen werden durch die nur auf Verfügungen im technischen Sinne sich beziehenden Vorschriften der §§ 2112 bis 2114 nicht berührt. Die Wirksamkeit solcher Verfügungen von

---

[48]) Vgl. oben Anm. 32.

[49]) Salinger S. 170, 176 hält dies auch nach dem Eintritt der Nacherbfolge für zulässig, wenn der Gläubiger gegen den Vorerben bereits vor dem Eintritt der Nacherbfolge ein rechtskräftiges Erkenntnis erlangt hatte. Allein dafür fehlt jeder Anhalt im Gesetz.

[50]) Darüber, daß diese Liberierungspflicht Nachlaßverbindlichkeit ist, vgl. unten § 70 d. D.

Digitized by Google

Todeswegen ist vielmehr nach den für diese maßgebenden Grundsätzen zu beurteilen.[51])

II. Soweit die auf die Rechte und Pflichten des Vorerben sich beziehenden gesetzlichen Vorschriften nur ergänzender Natur sind, kann der Erblasser hierüber auch anderes bestimmen und zwar nach doppelter Richtung hin:[52]) entweder so, daß dem Vorerben die Verwaltung des Nachlasses[53]) und die Verfügung über Nachlaßgegenstände

---

[51]) Auf folgende Möglichkeiten mag kurz eingegangen werden: 1. Tritt der Fall der Nacherbfolge erst *nach* dem Tode des Vorerben ein, so geht die der eventuellen Nacherbfolge unterliegende Erbschaft als Bestandteil des Nachlasses des Vorerben auf dessen Erben über. Eine vom Vorerben vorgenommene Erbeinsetzung erstreckt sich also in diesem Falle auch auf das vererbliche Recht des Vorerben hinsichtlich der angefallenen Erbschaft. Hat der Vorerbe in dem bezeichneten Falle über die ihm angefallene Erbschaft oder einen zu dieser gehörenden Gegenstand vermächtnisweise verfügt, so wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Beschwerte dem Bedachten gegenüber nur zur Überlassung derjenigen Vorteile verpflichtet sein soll, welche sich für jenen aus der zeitlichen Zugehörigkeit der Erbschaft oder eines zu ihr gehörenden Gegenstandes zum Nachlaß ergeben (§ 2109). 2. Tritt der Fall der Nacherbfolge schon mit dem Tode des Vorerben ein (und schlägt der Nacherbe nicht aus), so kann dem gesetzlichen oder testamentarischen Erben des Vorerben hinsichtlich der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft die Erbenstellung nicht zukommen. Vermächtnisverfügungen des Vorerben in Ansehung der fraglichen Erbschaft oder in Ansehung von zu ihr gehörenden Gegenständen werden je nach Umständen nach § 2169 oder nach § 2170 zu beurteilen sein.

[52]) Übrigens kann das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben auch durch vom Erblasser dem einen zu Gunsten des andern auferlegte Vermächtnisse beeinflußt werden. Vgl. auch Anm. 53 a. E.

[53]) Kann der Erblasser wirksam bestimmen, daß dem Vorerben die auf die Zeit der Vorerbfolge entfallenden Früchte nicht zukommen sollen? Die Frage kann vorzugsweise in solchen Fällen praktisch werden, in denen es zu einer Vorerbfolge nur deshalb kommt, weil der vom Erblasser eigentlich gewollte Erbe zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist. Vgl. auch *Hachenburg*, Vorträge S. 334. Man wird folgendermaßen unterscheiden müssen: 1. Den nach § 953 eintretenden Eigentumserwerb des Vorerben an den Früchten kann der Erblasser direkt nicht ausschließen. Selbst wenn der Nachlaß während der Zeit der Vorerbfolge nach Maßgabe von § 2209 von einem Testamentsvollstrecker verwaltet wird, so ändert dies doch nichts an dem hinsichtlich der Früchte eintretenden Eigentumserwerb des Vorerben. 2. Möglich ist jedoch die Bestimmung, daß der auf die Zeit der Vorerbfolge entfallende Fruchtertrag vom Vorerben beim Eintritt der Nacherbfolge an den Nacherben herauszugeben ist. In einer solchen Anordnung würde ein zu Gunsten des Nacherben verfügtes Vermächtnis zu erblicken sein. 3. Der Erblasser kann den Vorerben

Digitized by Google

infolge der Bestellung eines Testamentsvollstreckers ganz entzogen ist (§ 2209, vgl. übrigens auch § 2222), oder auch so, daß dem Vorerben eine gegenüber der regelmäßigen Gestaltung größere Verfügungsfreiheit[54]) zugestanden ist. Alle in dieser Beziehung überhaupt zulässigen[55]) Befreiungen (§ 2136) gelten als dem Vorerben zugestanden, wenn der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt hat, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird,[56]) und im Zweifel auch schon dann, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll (§ 2137). Die Geltung des Surrogationsprinzips (§ 2111) wird jedoch durch eine solche Anordnung nicht berührt, und selbst in diesen Fällen kann der Nacherbe vom Vorerben nach Maßgabe des § 2121 die Mitteilung eines Verzeichnisses der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verlangen und den

selbstverständlich mit einem Vermächtnis beschweren, zufolgedessen einem anderen ein dingliches Fruchtbezugsrecht (Nießbrauch) einzuräumen ist. Als Subjekt eines solchen Rechtes kann jedoch ein noch nicht erzeugter Nacherbe natürlich nicht in Betracht kommen.

[54]) Soweit der Vorerbe von der regelmäßigen Beschränkung seines Verfügungsrechts hinsichtlich der zur Erbschaft gehörenden Grundstücke und Rechte an Grundstücken befreit ist, ist bei der Eintragung des Vorerben von Amtswegen zugleich auch die Befreiung einzutragen (§ 52 GBO.).

[55]) Die Befreiung kann eintreten hinsichtlich der Beschränkungen und Verpflichtungen des § 2113 Abs. 1 und der §§ 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134. Hieran ist die Frage zu knüpfen, ob der Erblasser, obschon § 2124 Abs. 1 im § 2136 nicht berufen ist, in der Lage ist, dem Vorerben auch die von diesem grundsätzlich dem Nacherben gegenüber zu tragenden gewöhnlichen Erhaltungs- und Verwaltungskosten und regelmäßigen Lasten abzunehmen? Es kann dies bis zu einem gewissen Grade gewiß mittelbar in der Weise geschehen, daß der Erblasser die Befreiung von der Verpflichtung des § 2130 oder des § 2134 ausspricht (vgl. Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2136), aber auch in der Weise, daß er den Nacherben durch Vermächtnis mit der Verpflichtung zum Ersatz der bezeichneten Kosten und Lasten an den Vorerben belastet. Wichtiger noch als die soeben berührte ist die weitere Frage, ob der Erblasser wirksam bestimmen kann, daß einzelne schon von vornherein zur Erbschaft gehörende oder in dieselbe später durch Surrogation tretende Gegenstände an den Nacherben nicht herauszugeben sind? Eine Anordnung dieser Art dürfte, soweit nicht die Befreiung von der im § 2134 bestimmten Verpflichtung durchgreift, als zu Gunsten des Vorerben verfügtes Vorausvermächtnis zu behandeln sein.

[56]) Eine solche Einsetzung des Nacherben auf den Überrest entspricht dem römischen fideicommissum eius quod supererit.

Digitized by Google

Zustand derselben nach Maßgabe des § 2122 feststellen lassen. Auch wird durch die dem Vorerben vom Erblasser zugestandenen Befreiungen an der Unwirksamkeit der durch die Vorschrift des § 2113 Abs. 2 getroffenen unentgeltlichen Verfügungen über Erbschaftsgegenstände und der im § 2115 bezeichneten Verfügungen, die in betreff eines Erbschaftsgegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, nichts geändert. Vgl. §§ 2136, 2137.

Die Herausgabepflicht eines Vorerben, dem der Erblasser alle zulässigen Befreiungen zugestanden hatte, beschränkt sich auf die bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände,[57]) mit Einschluß derjenigen, die dies durch Surrogation geworden sind, sie erstreckt sich dagegen nicht auch auf den Wertersatz wegen eines vom Vorerben für sich verwendeten Erbschaftsgegenstands oder auf die dem Vorerben hierdurch zugegangene Bereicherung (vgl. §§ 2136, 2137 in Verbindung mit § 2134). Demgemäß kann aber auch der Vorerbe für Verwendungen auf Gegenstände, die er infolge dieser Beschränkung[58]) nicht herauszugeben hat, nicht Ersatz verlangen. Wegen seines Gebarens mit der Erbschaft ist ein solcher Vorerbe dem Nacherben zum Schadensersatz nur verpflichtet, wenn er die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert oder wenn er diesem durch eine der Vorschrift des § 2113 zuwider

---

[57]) Wie hat man zu entscheiden, wenn der Vorerbe einen zur Erbschaft gehörenden Gegenstand zwar bereits verkauft, dem Käufer aber noch nicht übereignet hat? Dann gehört der Gegenstand, weil über ihn noch nicht wirksam verfügt worden ist, jedenfalls noch zur Erbschaft. Hierbei kann aber zunächst fraglich werden, ob der Vorerbe vom Nacherben nicht Liberierung von seiner dem Dritten gegenüber übernommenen Verbindlichkeit verlangen kann. Dies wird sicherlich zu bejahen sein, wenn der Verkauf innerhalb des Rahmens einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vorgenommen war, dürfte aber auch sonst nicht allzu selten der Absicht des Erblassers entsprechen. Eine weitere Frage ist, ob der Nacherbe, wenn ihn die erwähnte Liberierungspflicht trifft, den vom Käufer geschuldeten Kaufpreis an sich ziehen kann oder dem Vorerben zu belassen hat. Mit Rücksicht auf das Surrogationsprinzip hat man sich grundsätzlich für das erstere zu entscheiden (vgl. aber doch auch Anm. 55 a. E.).

[58]) Entfällt die Herausgabepflicht des Vorerben dagegen nur deshalb, weil der Gegenstand, auf den er eine Verwendung gemacht hat, durch Zufall untergegangen ist, so wird der Ersatzanspruch des Vorerben dadurch nicht beeinträchtigt.

Digitized by Google

vorgenommene unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand einen Nachteil[59]) zugefügt hat. Vgl. § 2138.

3. Eintritt der Nacherbfolge.

§ 28a.

I. Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge[1]) fällt die Erbschaft dem Nacherben an[2]), und tritt dieser, wenn er schon im voraus wirksam angenommen hat,[3]) unabweisbar, sonst mit der

---

[59]) Der aus § 2113 Abs. 2 für sich allein sich ergebende Schutz des Nacherben ist schon deshalb kein ganz ausreichender, weil eine unter diese Bestimmung fallende Verfügung doch noch immerhin nach Maßgabe von § 2113 Abs. 3 wirksam sein kann. Man denke ferner an die Möglichkeit, daß die Erbschaftssache, über welche der Vorerbe unentgeltlich verfügt hat, beim Erwerber unter Verhältnissen untergeht, von denen sie ohne die Verfügung des Vorerben gar nicht berührt worden wäre. Dadurch rechtfertigt sich also der im Texte hervorgehobene Schadensersatzanspruch des Nacherben. Aus dem Eintritt der hier in Frage stehenden Schadensersatzpflicht kann daher auch nicht mit Wilke S. 160 der Schluß gezogen werden, daß eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand in den nach § 2138 zu beurteilenden Fällen wirksam sei und für den Vorerben lediglich eine Schadensersatzpflicht begründe. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2138.

[1]) Erfährt der wirkliche Eintritt des Falles der Nacherbfolge deshalb einen Aufschub, weil der Nacherbe vorerst nur als nasciturus vorhanden ist (vgl. oben § 27 V), so kann die Mutter, falls sie außer stande ist, sich selbst zu unterhalten, bis zur Entbindung standesgemäßen Unterhalt aus dem Nachlaß bzw. aus dem in Frage kommenden Bruchteil der Erbschaft verlangen (§§ 2141, 1963).

[2]) Über die unter Umständen eintretende Zurückbeziehung dieses Anfalls auf einen früheren Zeitpunkt vgl. oben § 27 V Z. 3.

[3]) Ob der Nacherbe schon im voraus, d. h. vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge annehmen kann, ist streitig. Die Frage kann erst in anderem Zusammenhange zur abschließenden Entscheidung gelangen (vgl. unten § 61 d. D.). Hier nur folgende Bemerkungen: Es kommen die Vorschriften der §§ 1946, 1951, 2142 in Betracht. Aus der letzteren Bestimmung wollen manche Schriftsteller (Meischeider S. 283, aber doch zweifelnd, Herzfelder S. 373) die Folgerung ableiten, daß der Nacherbe in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge zwar ausschlagen, aber nicht annehmen kann. Wie hier entscheiden Wilke S. 162 und Binder S. 106. Widerspruchsvoll Planck-Ritgen, der sich Erl. zu § 1946 für und Erl. 3 zu § 2142 gegen die hier vertretene Meinung ausspricht; abgesehen hiervon gerät Planck-Ritgen auch noch mit sich selbst dadurch in Widerspruch, daß in Erl. 4b zu § 2094 die Anwachsung eines Erbteils für möglich

Digitized by Google

Möglichkeit der Ausschlagung in die Erbenstellung ein. Hierzu bedarf es also nicht erst der Herausgabe der Erbschaft; auch schon

---

erklärt wird, den ein anderer schon früher als Vorerbe gehabt hat, während nach der in Erl. 3 zu § 2142 vertretenen Auffassung ein solches Anwachsen ausgeschlossen sein müßte. Eigentümlich Kipp bei W. III (vgl. S. 439 mit S. 680). Der genannte Schriftsteller stellt hier, den Wortlaut der §§ 1946 u. 1951 nicht berücksichtigend, die Regel auf, daß Annahme und Ausschlagung der Erbschaft erst nach dem Anfall der Erbschaft an den Erben erfolgen könne und will eine Ausnahme hiervon im Falle des § 2142 nur hinsichtlich der Ausschlagung anerkennen. In sachlicher Beziehung ist schon hier zu sagen: Wenn § 2142 Abs. 1 nur der Möglichkeit gedenkt, daß der Nacherbe ausschlagen kann, sobald der Erbfall eingetreten ist, so erklärt sich dies aus verschiedenen Gründen: 1. Zunächst schon daraus, daß der Annahme der Erbschaft nach der Auffassung des Gesetzes nur negative Bedeutung (nämlich die, daß durch sie die Möglichkeit der Ausschlagung ausgeschlossen wird) zukommt. Infolgedessen wird auch sonst die Ausschlagung in den Vordergrund gestellt und oft nur allein erwähnt (vgl. §§ 1942, 1952). 2. Die Ausschlagung einer erst noch bevorstehenden Nacherbfolge ist von ungleich größerer Bedeutung als die im voraus erklärte Annahme. Vgl. besonders § 2142 Abs. 2. Verbleibt nämlich die Erbschaft infolge der Ausschlagung des Nacherben dem Vorerben, so erhält dieser unmittelbar durch die Ausschlagung eine ganz andere Rechtsstellung, als sie ihm bisher zukam. Von unmittelbarer Bedeutung ist eine solche Ausschlagung aber auch dann, wenn statt des ausschlagenden Nacherben ein anderer als Nacherbe in Betracht kommt; denn mit der Ausschlagung entfallen ohne weiteres alle Befugnisse, die dem Ausschlagenden bisher kraft der Berufung zur eventuellen Nacherbfolge zustanden. Schon hierdurch allein wird die Zulässigkeit des auf § 2142 sich stützenden argumentum a. c. in Frage gestellt. Direkt gegen dasselbe sprechen aber die Bestimmungen der §§ 1951, 1957. Trotz des Gesagten wird man übrigens die vom Nacherben vor dem Eintritt der Nacherbfolge erklärte Annahme nicht leichthin als erfolgt ansehen dürfen. So ist insbesondere darin, daß jemand die ihm aus einer eventuellen Nacherbfolge zustehenden vorläufigen Rechte geltend macht, eine Annahme noch nicht zu erblicken. Damit entfallen die von Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2142 vorgebrachten Bedenken. Am sichersten wird die Annahme einer bevorstehenden Nacherbfolge dem Nachlaßgericht gegenüber ausgesprochen werden. Praktische Gründe zur Annahme der Nacherbfolge im voraus können etwa folgende sein: Der als Nacherbe Eingesetzte möchte die ihm aus dieser Einsetzung erwachsende vererbliche Anwartschaft jemandem vermächtnisweise zuwenden und Schutz gegen die Möglichkeit einer durch seinen Erben zum Nachteil des Vermächtnisnehmers erfolgenden Ausschlagung dadurch schaffen, daß er im voraus annimmt. Oder der in Ansehung eines Erbteils als Nacherbe Eingesetzte will diesen Erbteil nach dem Erbfall, aber noch vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge einem Geldgeber verpfänden (§ 2033). Offenbar wird sich der Geldgeber auf das Geschäft nur

Digitized by Google

vor dieser ist der Nacherbe Eigentümer der Erbschaftssachen,[4]) Gläubiger und Schuldner in betreff der Nachlaßforderungen und Nachlaßverbindlichkeiten u. dgl. (§ 2139).

Die vom Vorerben in schuldloser Unkenntnis von dem bereits erfolgten Eintritt des Falles der Nacherbfolge über Nachlaßgegenstände getroffenen Verfügungen werden jedoch hinsichtlich ihrer Wirksamkeit zur Wahrung des Interesses des Vorerben[5]) und zum Schutze Dritter so behandelt, als ob der Fall der Nacherbfolge zur Zeit der Verfügung noch nicht eingetreten wäre. Dafern und soweit eine solche Verfügung also, wenn vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge vorgenommen, wirksam sein würde, ist sie unter den angegebenen Voraussetzungen und mit der gleich zu erwähnenden Beschränkung wirksam, obschon sie erst nach dieser Zeit getroffen wurde.[6]) Der bezeichnete Schutz wird jedoch demjenigen Dritten versagt, welchem in dem nach Maßgabe der Sachlage entscheidenden Zeitpunkte[7]) der Eintritt des Falles der Nacherbfolge bekannt war oder

---

einlassen, wenn die nachträgliche Ausschlagung des Erbteils durch im voraus erklärte Annahme ausgeschlossen ist. Man denke ferner noch an die Möglichkeit, daß der Erblasser für den Fall der Ausschlagung des zunächst zur Nacherbfolge Berufenen einen Ersatznacherben berufen hat. Bei solcher Lage können zahlreiche Komplikationen während der Dauer der Vorerbfolge nur dadurch beseitigt werden, daß der zunächst berufene Nacherbe im voraus annimmt und hierdurch den Ersatzberufenen von jeder weiteren Berücksichtigung ausschließt.

[4]) Auf die Frage, wie der Nacherbe an den zum Nachlaß gehörenden Sachen Besitz erwirbt, wird erst im dritten Hauptstück d. Darstellung eingegangen werden.

[5]) Denn im Falle der Unwirksamkeit der Verfügung würde der Vorerbe unter Umständen dem Dritten schadensersatzpflichtig werden. Übrigens entfällt bei der nach § 2140 wirksamen Verfügung in aller Regel auch eine Schadensersatzhaftung des Vorerben gegenüber dem Nacherben.

[6]) Das Gesetz drückt das im Texte Gesagte also aus: „Der Vorerbe ist auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlaßgegenstände in dem gleichen Umfange wie vorher berechtigt, bis er von dem Eintritte Kenntnis erlangt oder ihn kennen muß" (§ 2140 Satz 1). Allein in Wahrheit verfügt doch ein zur Verfügung nicht mehr Berechtigter, dessen Verfügung aber so behandelt wird, als ob er noch verfügungsberechtigt wäre.

[7]) Das Gesetz (Satz 2 von § 2140) drückt sich also aus: „Ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts den Eintritt kennt oder kennen muß." Allein mit diesen scheinbar ganz „einfachen und deutlichen Worten" (Hellmann S. 221) sind

Digitized by Google

bekannt sein mußte,[8]) oder m. a. W.: soweit die Rechtsstellung eines solchen Dritten in Betracht kommt, bewendet es bei der Unwirksamkeit der Verfügung (§ 2140).[9])

---

die Fragen, um die es sich hier handelt, doch noch nicht erledigt. Vor allem ist hervorzuheben, daß sich § 2140 seinem Wortlaute nach nur auf die Wirksamkeit einer vom Vorerben nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge getroffenen „Verfügung" über einen Nachlaßgegenstand bezieht und somit nicht auch auf Rechtsgeschäfte, die Verfügungen im technischen Sinne nicht sind. Verkauft also z. B. ein Vorerbe nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge Nachlaßgegenstände, über die er vor diesem Eintritte wirksam hätte verfügen können, so genügt es zur Wirksamkeit der vom Vorerben auf Grund des Kaufvertrags vorgenommenen Verfügung (Eigentumsübertragung) nicht, daß die im § 2140 geforderten subjektiven Voraussetzungen zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden waren; es darf an denselben vielmehr auch zur Zeit der Vornahme der Verfügung selbst nicht fehlen. Die nach § 2140 zu beurteilende Verfügung kann ferner möglicherweise auch eine grundbuchrechtliche sein. Beispiel: Ein Vorerbe, der von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 befreit ist, tritt nach dem bereits erfolgten Eintritt des Falles der Nacherbfolge aber in schuldloser Unwissenheit hiervon gegen Entgelt eine zur Erbschaft gehörende Buchgrundschuld ab. Hier wird die schuldlose Unkenntnis des Dritten, d. i. des Zessionars, von dem bereits erfolgten Eintritt des Falles der Nacherbfolge nach Analogie der für das grundbuchrechtliche Vertrauensprinzip maßgebenden Vorschriften (§§ 892, 893) zu der in Abs. 2 des § 892 angegebenen Zeit vorhanden sein müssen. So viel zur Auslegung des § 2140. Teilweise weitergehende Ergebnisse kann man jedoch durch folgende Erwägungen gewinnen: Es gibt Fälle, in denen der Vorerbe wegen eines von ihm während der Dauer der Vorerbfolge geschlossenen obligatorischen Vertrags vom Nacherben nach dem Eintritt der Nacherbfolge Liberierung verlangen kann (vgl. oben § 28 I Z. 5). Obschon Verträge solcher Art Verfügungen im technischen Sinne nicht sind, so wird man auf sie doch das im § 2140 in betreff der Verfügungen des Vorerben Bestimmte entsprechend zur Anwendung bringen dürfen, d. h. praktisch: in betreff solcher vom Vorerben nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, aber unter den Voraussetzungen des § 2140 geschlossenen obligatorischen Verträge ist die Liberierungspflicht des Nacherben in gleicher Weise zu behandeln, wie sie im Falle des vor dem Eintritt der Nacherbfolge erfolgten Abschlusses behandelt werden müßte.

[8]) Es ist bemerkenswert, daß der nach Maßgabe des § 2140 eintretende Schutz des Dritten zugleich auch noch davon abhängig ist, daß der Vorerbe von dem bereits erfolgten Eintritt des Falles der Nacherbfolge weder Kenntnis hatte, noch haben mußte. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so können aber dem Dritten unter Umständen doch die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, zu statten kommen. Man denke z. B. daran, daß der Dritte, an den der Vorerbe nach dem ihm bereits bekannten Eintritt der Nacherbfolge eine Erbschaftssache veräußert, guten

Digitized by Google

Besonders hervorzuheben ist noch, daß die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht einer- und Verbindlichkeit oder Belastung andererseits erloschenen Rechtsverhältnisse bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge nicht nur im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben, sondern auch dritten Personen gegenüber als nicht erloschen[10]) gelten (§ 2143). Hieraus ergibt sich zugleich der wichtige Schluß, daß der Nacherbe nach der Auffassung des Gesetzes nicht Rechtsnachfolger

---

Grund zur Annahme hat, daß die Sache zur Erbschaft gar nicht gehöre. Wie hat man aber folgenden Fall zu beurteilen? Ein Erbschaftsschuldner, der guten Grund zur Annahme hat, daß der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten sei, entrichtet die fällige Schuld an den Vorerben, dem der bereits erfolgte Eintritt des Falles der Nacherbfolge bereits bekannt ist oder doch bekannt sein mußte. Man könnte vielleicht geneigt sein, einen Schutz des Schuldners hier durch analoge Anwendung — des unmittelbar gewiß nicht eingreifenden — § 412 zu gewinnen. Allein dies würde, abgesehen von anderen Bedenken, zu dem mit § 2140 in direktem Widerspruche stehenden Ergebnisse führen, daß unser Schuldner durch Leistung an den gewesenen Vorerben selbst dann befreit wird, wenn ihm die Unkenntnis von dem bereits erfolgten Eintritt der Nacherbfolge als Verschulden anzurechnen ist. Immerhin dürfte es aber doch der Gesamttendenz des BGB. in Verbindung mit seinen Nebengesetzen (vgl. besonders § 8 KO.) entsprechen, wenn Befreiung desjenigen Schuldners angenommen wird, welcher, wie ja in unserem Falle vorausgesetzt worden ist, bei der an den gewesenen Vorerben bewirkten Leistung guten Grund zur Annahme hatte, daß der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten sei. Wie hier Hachenburg S. 222. Im Ergebnis übereinstimmend auch Hellwig, Rechtskraft S. 224, 225, der aber auf Grund seiner eigentümlichen Auffassung des Wesens der Nacherbfolge § 412 (mit Ausschluß der Fälle, in welchen das Nichtwissen des Schuldner vom Eintritt der Nacherbfolge auf Fahrlässigkeit beruht), für direkt anwendbar erklärt. Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2140 will dagegen über die im § 2140 bestimmten Voraussetzungen des Schutzes des Dritten nicht hinausgehen.

[9]) Vgl. übrigens zu dieser, in der Reichstagsvorlage noch nicht enthaltenen und erst von der Reichstagskommission der Bestimmung des § 1424 Abs. 1 (vgl. auch §§ 1472, 1497, 1546, 1682, 1893) nachgebildeten Vorschrift auch den Bericht der Reichstagskommission S. 15.

[10]) Darin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber der im Falle des § 2377 eintretenden Behandlung. Vgl. auch Schwedler: Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht (1897) S. 166 ff., 176 ff., und Kretschmar: Die Theorie der Konfusion (1899) S. 239, 240, 253, 254. Über den Fall, daß es beim Eintritt der Nacherbfolge zu einer Erbengemeinschaft des Nacherben mit dem Vorerben kommt, vgl. unten § 64 d. D.

Digitized by Google

des Vorerben,[11]) sondern vielmehr Rechtsnachfolger des Erblassers[12]) ist.[13])

II. Gegenstand der Nacherbfolge ist die Erbschaft überhaupt oder der vom Erblasser bestimmte Erbteil. Fällt dem Vorerben infolge des Wegfalls eines Miterben, sei es nach § 1935, sei es durch Anwachsung oder Ersatzberufung ein weiterer Erbteil zu, so erstreckt sich das Recht des Nacherben im Zweifel auch auf diesen;[14]) dagegen verbleibt im Zweifel dem Vorerben, was ihm der Erblasser als Vorausvermächtnis zugewendet hat. Vgl. § 2110.

Darauf, daß ihm von der Erbschaft etwas verbleibe, hat der Vorerbe kein Recht; er kann dem Nacherben insbesondere nicht einen der sog. quarta Trebellianica d. r. R. entsprechenden Abzug machen.

In der zwischen dem Erbfall und dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge liegenden Zeit kann der Bestand der Erbschaft durch zufällige Ereignisse, infolge wirksamer Verfügungen des Vorerben oder des Testamentsvollstreckers über Erbschaftsgegenstände, infolge des sonstigen pflichtgemäßen oder pflichtwidrigen Gebarens dieser Personen, sowie infolge des Eingreifens Dritter Verminderungen, Vermehrungen und sonstige Veränderungen erfahren. Für die rechtliche Beurteilung solcher Veränderungen sind die Vorschriften des § 2111 von maßgebender Bedeutung. Darnach erstreckt sich das

---

[11]) Denn vom Standpunkte dieser Auffassung aus müßten die infolge des Erbschaftserwerbs durch den Vorerben erloschenen Rechtsverhältnisse auch nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge als erloschen behandelt werden.

[12]) Eine Modifikation tritt hierin nur dadurch ein, daß die zur Erbschaft gehörenden Rechtsverhältnisse während der Dauer der Vorerbfolge Veränderungen erfahren können und daß mit Rücksicht hierauf nach § 2111 zu der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft auch Rechtsverhältnisse gehören können, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht vorhanden waren.

[13]) Die grundsätzliche Gestaltung der bei der Nacherbfolge sich vollziehenden Rechtsnachfolge tritt auch deutlich hervor, wenn man sich den Fall vor Augen hält, daß der Vorerbe nur Teilerbe geworden ist und über seinen Anteil am ungeteilten Nachlaß nach § 2033 verfügt hat. Hier ist derjenige, an welchen die Übertragung stattfand, gewiß Rechtsnachfolger des Vorerben. Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge stellt sich aber heraus, daß das Recht des verfügenden Vorerben ein über die Zeit der Vorerbfolge nicht hinausreichendes war, und daß somit der Nacherbe weder Rechtsnachfolger des Vorerben noch desjenigen ist, welcher sein Recht vom Vorerben ableitete.

[14]) Vgl. hierzu des Verfassers Ausführungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 30 S. 178 ff. und Protokolle V S. 190.

Digitized by Google

Recht des Nacherben als *solchen*[15]) auf den vom Vorerben gemachten Erwerb jedenfalls insoweit nicht, als er dem letzteren als Nutzung gebührt.[16]) Im übrigen gehört in Ansehung der Nacherbfolge nicht nur derjenige Erwerb zur Erbschaft, welchen der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes[17]) oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes macht, sondern auch dasjenige, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft[18]) mit den Mitteln der Erbschaft[19]) erwirbt (§ 2111 Abs. 1). Als zur Erbschaft gehörend ist außerdem noch zu behandeln,

---

[15]) Vgl. aber doch auch oben § 28 Anm. 53.

[16]) Im Verhältnis des Vorerben zu den Nachlaßgläubigern können aber die im Texte erwähnten Nutzungen als zur Erbschaft gehörend allerdings in Betracht kommen. Vgl. darüber unten § 83 d. D.

[17]) Hierher ist z. B. zu rechnen der Erwerb der Schatzhälfte (§ 984) auf Grund des Eigentums an einer zur Erbschaft gehörenden Sache, oder der Erwerb nach Uferrecht (Art. 65 EG.) auf Grund des Eigentums an einem solchen Grundstück. Als zur Erbschaft gehörend ist sicherlich auch der Erwerb zu behandeln, welchen der Vorerbe durch Ersitzung eines zur Erbschaft zunächst nur tatsächlich gehörenden Gegenstandes macht.

[18]) Vgl. hierzu besonders § 2019 Abs. 1, etwas anders § 2041. Die in der letzteren Bestimmung geforderte Beziehung des Rechtsgeschäfts zum Nachlaß braucht im Falle des § 2111 ebensowenig vorzuliegen als in dem des § 2019. Vgl. auch unten §§ 64, 95 d. D.

[19]) Beispiele: Das vom Erben mit Erbschaftsgeld erworbene Grundstück ist Erbschaftsgegenstand im Sinne des § 2111; es greift daher auch § 2113 ohne weiteres zu Gunsten des Nacherben ein. Ebenso verhält es sich, wenn der Vorerbe mit erbschaftlichem Geld Hypothekenschulden bezahlt, die bei einem erbschaftlichen Grundstück sichergestellt sind. Die Eigentümerhypothek gehört dann zur Erbschaft. Wie verhält es sich aber dann, wenn der Vorerbe den Hypothekengläubiger mit eigenen Mitteln befriedigt hat? Gehört die Eigentümerhypothek auch in diesem Falle zur Erbschaft? Dies ist nur dann zu bejahen, wenn der Erwerb der Hypothek durch den Vorerben wesentlich darauf beruht, daß dieser infolge der Vorerbfolge Eigentümer des Grundstücks geworden ist; denn es handelt sich dann um einen Erwerb auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes. Hat der Vorerbe dagegen den Hypothekengläubiger aus eigenen Mitteln unter solchen Umständen befriedigt, vermöge deren die Hypothek auch auf ihn übergegangen sein würde, wenn er das Eigentum am Grundstück nicht erlangt hätte (vgl. §§ 268, 774, 1164), so wird eine zur Erbschaft gehörende Eigentümerhypothek nicht anzunehmen sein. Weitergehend allerdings *Planck-Ritgen* Erl. 2 zu § 2126, der sich ausnahmelos für die Annahme einer zur Erbschaft gehörenden Eigentümerhypothek ausspricht.

Digitized by Google

was der Vorerbe dem Inventar eines erbschaftlichen Gutes[20]) einverleibt (§ 2111 Abs. 2). Die berufenen Vorschriften beruhen zwar nicht ausschließlich,[21]) aber doch überwiegend auf dem Prinzip der unmittelbaren[22]) Surrogation,[23]) vermöge dessen an die Stelle eines aus der Erbschaft ausscheidenden Gegenstandes bei Vorhandensein der angegebenen Voraussetzungen ohne weiteres ein anderer tritt.[24])

---

[20]) Vgl. die verwandten Bestimmungen der §§ 588 Abs. 2, 1048 Abs. 1, 1378. Hinsichtlich der Frage, ob der Vorerbe wegen der Einverleibung eines Gegenstandes in das Inventar nach dem Eintritt der Nacherbfolge Ersatz verlangen kann, vgl. § 2124, 2125.

[21]) Offenbar nicht auf dem Gedanken der Surrogation beruhen die in Anm. 17 hervorgehobenen Entscheidungen. Denn in diesen Fällen bleibt das Recht, auf Grund dessen der Erwerb gemacht worden ist, ungeschmälert. Der zur Erbschaft neu hinzutretende Gegenstand bildet daher kein Surrogat für einen gleichzeitig aus der Erbschaft ausscheidenden Gegenstand, sondern einen reinen Zuwachs (ebenso, aber kürzer d. 2. Aufl. d. B. S. 115; Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 2111 unterscheidet nicht scharf genug zwischen den sachlich zu treffenden Entscheidungen und der Frage, ob diese auf dem Surrogationsprinzip beruhen). Aber auch die im Abs. 2 von § 2111 enthaltene Bestimmung läßt sich nicht auf das Surrogationsprinzip zurückführen, denn sie setzt weder voraus, daß der Vorerbe das einverleibte Inventarstück mit Mitteln der Erbschaft, noch daß er es an Stelle eines abgängigen Stückes angeschafft hat. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2111.

[22]) Mit Rücksicht auf die im Texte hervorgehobene unmittelbar (ipso iure) eintretende Wirkung spricht man nicht selten auch von dinglicher Surrogation.

[23]) Man pflegt dieses Prinzip durch die an l. 22 D. 5. 3 sich anlehnende, aber freilich nicht ganz unanfechtbare Formel auszudrücken: res succedit in locum pretii et pretium succedit in locum rei. Wie vorsichtig man bei Anwendung dieser Formel sein muß, zeigt folgendes Beispiel: Der Vorerbe hat ein zum Nachlaß gehörendes Pferd verkauft, der Kaufvertrag ist aber zur Zeit des Eintrittes der Nacherbfolge beiderseits noch nicht erfüllt. Hier gehört nicht etwa der Kaufpreis, sondern noch das Pferd zur Erbschaft. An dem letzteren Ergebnis würde auch dadurch nichts geändert, daß der Käufer den Kaufpreis an den Vorerben bereits bezahlt hat. War dagegen das Pferd dem Käufer bereits zu Eigentum übergeben, so gehört die noch unberichtigte Kaufpreisforderung und im Falle der erfolgten Berichtigung das gezahlte Geld kraft des Surrogationsprinzips allerdings zur Erbschaft.

[24]) Hinsichtlich der wirklichen Surrogationsfälle ist wieder zwischen rechtsgeschäftlicher und nicht rechtsgeschäftlicher Surrogation zu unterscheiden. Die erstere ist positiver Natur. Zur Annahme der letzteren (zufolge welcher zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstands erwirbt) würde man sich auch

Digitized by Google

Dem Schuldner einer, auf einem mit dem Vorerben abgeschlossenen Rechtsgeschäft beruhenden, kraft des Surrogationsprinzips aber zur Erbschaft und damit zugleich zu dem der Nacherbfolge unterliegenden Vermögen gehörenden Forderung[25]) wird dieser Umstand oft unbekannt sein. Auf daß er hierdurch nicht Schaden leide, hat er die Zugehörigkeit einer solchen Forderung[26]) zur Erbschaft erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von dieser Zugehörigkeit Kenntnis erlangt, und finden auf seine Rechtsstellung die Bestimmungen der §§ 406 bis 408 entsprechende Anwendung (§ 2111, Abs. 1 Satz 2).

III. Der zur Nacherbfolge Berufene kann die Erbschaft auch ausschlagen[27]) und zwar — vorausgesetzt, daß er zu dieser Zeit bereits existiert — sobald der Erbfall eingetreten ist. Schlägt er aus, so verbleibt die Erbschaft in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Erblassers dem Vorerben. Vgl. § 2142.

D. Vermächtnisse.*)

1. Im allgemeinen.

a) Die Personen des Vermächtnisses.

§ 29.

I. Der Ausdruck „Vermächtnis" wird in verschiedener Bedeutung gebraucht. Man versteht darunter zunächst die Vermächtnisverfügung des Vermächtnisgebers, d. i. des Erblassers, dann aber auch die aus dieser Verfügung für den Vermächtnisbedachten (Vermächtnisnehmer)

---

entschließen können, wenn eine positive Vorschrift fehlte. Vgl. auch § 2019 und dazu die Ausführung in § 95 d. D.

[25]) In betreff anderer kraft rechtsgeschäftlicher oder nicht rechtsgeschäftlicher Surrogation zur Erbschaft gehörender Gegenstände vgl. § 2113 Abs. 3.

[26]) Auf Forderungen, die kraft des Surrogationsprinzips zwar zur Erbschaft gehören, aber nicht auf Rechtsgeschäft beruhen, bezieht sich das im Texte Gesagte nicht. Doch können den Schuldnern dieser Forderungen immerhin die Vorschriften der §§ 851, 893, 2367 zu statten kommen.

[27]) In dem oben § 26 bei Anm. 16 behandelten Falle erstreckt sich die hinsichtlich des Erbteils, für welchen A als Erbe eingesetzt ist, erfolgte Annahme auch auf den Erbteil, welcher dem A hinterher als Nacherben anfällt.

*) Eine gründliche und auch heute noch wertvolle (aber noch nicht vollendete) Darstellung der Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte enthalten die Bände 46 bis 49 des Glückschen Pandektenkommentars, von denen die drei ersten Arndts und Bd. 49 Salkowski zum Verfasser haben.

Digitized by Google

sich ergebende Berechtigung und für den Vermächtnisbeschwerten sich ergebende Belastung; unter Vermächtnis versteht man endlich nicht selten das Vermachte, den vermachten Gegenstand.

II. Vermächtnisbeschwerter[1]) kann nicht nur der Erbe (und zwar gleichviel, ob seine Berufung auf Verfügung von Todeswegen oder auf Gesetz beruht) sondern auch[2]) ein Vermächtnisnehmer[3])

---

[1]) Kipp: Wer kann nach deutschem b. R. mit Vermächtnissen belastet werden? Sonderabdruck aus der Festschrift der Universität Erlangen zur Feier des achtzigsten Geburtstags des Prinzregenten Luitpold (1901).

[2]) Im Falle der Beschwerung eines Vermächtnisnehmers mit einem Vermächtnis pflegt man von einem „Untervermächtnis" zu sprechen.

[3]) Aus der Fassung des § 2147 Satz 1 ist zu schließen, daß, wer weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, mit einem Vermächtnis nicht beschwert werden kann. Einzelnes: I. Nach römischem und gemeinem Rechte konnte auch dem auf den Todesfall nicht unwiderruflich Beschenkten ein Vermächtnis auferlegt werden. Dem BGB. ist ein analoger Rechtssatz deshalb fremd, weil es eine spezifische Schenkung auf den Todesfall nicht mehr kennt. Vgl. § 45 III d. Darstellung. Die unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, gemachte Schenkung ist vielmehr je nach den Umständen entweder schlechtweg nach den Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen oder aber lediglich nach den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden zu beurteilen (§ 2301). Soweit das erstere zutrifft und soweit der Wirksamkeit der Belastung nicht die Bestimmung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 entgegensteht, kann der auf den Todesfall Beschenkte in seiner Eigenschaft als Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnis allerdings belastet werden. Im letzteren Falle (§ 2301 Abs. 2) ist die Beschwerung des auf den Todesfall Beschenkten selbst dann (anders Hellwig, Verträge S. 365, vgl. aber dagegen die durchschlagenden Ausführungen von Kipp, S. 22) ausgeschlossen, wenn die Schenkung unter Vorbehalt des Widerrufsrechtes erfolgt ist. Denn ein solcher Vorbehalt berechtigt den Schenker nur zum Widerruf der Schenkung durch Rechtsakt unter Lebenden, in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, deren Aufnahme von der II. Kommission ausdrücklich abgelehnt wurde (Protokolle V S. 461), aber durchaus nicht zur Beschwerung des Beschenkten mit Vermächtnissen. II. Hellwig a. a. O. S. 364, 365 lehrt, daß mit einem „Vermächtnis" auch belastet werden kann, wer als „Dritter" auf Grund eines nach § 331 Abs. 1 zu beurteilenden Vertrages einen Erwerb macht. Ein richtiges Urteil hierüber läßt sich nur gewinnen, wenn man zwei Fragen scharf auseinanderhält. 1. Zunächst muß gefragt werden, ob der Versprechensempfänger, dafern die Voraussetzung des § 332 überhaupt zutrifft (vgl. hierzu Kipp, S. 31, 32), „in einer Verfügung von Todeswegen" rechtswirksam bestimmen kann, daß aus der an den Dritten zu bewirkenden Leistung eine weitere Leistung an einen Vierten beschafft werde. Beispiel: In einem Falle, wo der Versprechende dem Dritten beim Tode des Versprechensempfängers

Digitized by Google

60000 zu bezahlen hätte, bestimmt der letztere in einer Verfügung von Todeswegen, daß der Dritte einem Vierten aus jenen 60000 eine lebenslängliche Jahresrente von 1000 zu entrichten habe. In einer solchen Anordnung wird eine besonders geartete Ausübung des dem Versprechensempfänger nach § 332 zukommenden Bestimmungsrechtes zu erblicken sein. Gerade so wie der Versprechensempfänger sowohl durch Rechtsakt unter Lebenden als auch in einer Verfügung von Todeswegen an die Stelle des Dritten einen anderen Bezugsberechtigten setzen kann, muß er auch neben dem Dritten einen Vierten als Mitbezugsberechtigten einstellen können. 2. Ist in einer Anordnung der unter Z. 1 angegebenen Art die Beschwerung des Dritten als Vermächtnis im techn. S. zu Gunsten des Vierten aufzufassen? Dies ist im Gegensatz zu Hellwig und Kipp S. 32, 33 zu verneinen. Gründe: a) Ein Vermächtnis im technischen Sinne liegt gewiß nicht vor, wenn eine Bestimmung der unter Z. 1 angegebenen Art durch Rechtsakt unter Lebenden getroffen wurde. An dem Wesen der Anordnung wird aber dadurch, daß sie in einer Verfügung von Todeswegen erfolgt, nicht das Geringste geändert. b) Das Nichtvorhandensein eines Vermächtnisses i. techn. S. tritt besonders deutlich hervor, wenn man die Eventualität ins Auge faßt, daß der Dritte den ihm zugedachten Erwerb nach Maßgabe des § 333 zurückweist. Es kommen dann zwei Möglichkeiten in Betracht: entweder tritt an die Stelle des Dritten der Erbe des Versprechensempfängers oder es kommt der Wegfall des Dritten dem Versprechenden zu statten. Im letzteren Falle kann der Vierte vom Versprechenden die Bewirkung der zu Gunsten des Dritten ausbedungenen Leistung insoweit fordern, als dies zur Entnahme des ihm Gebührenden erforderlich ist. Den Charakter eines Vermächtnisanspruchs hat aber dieser Anspruch sicherlich nicht (so auch Kipp S. 34 Anm. 26). Aber auch im ersten Falle greifen die Vermächtnisgrundsätze nicht durch. Diesen zufolge müßte gesagt werden, daß der volle Anspruch gegen den Versprechenden zum Nachlaß gehöre und daß der Vierte dem Erben als Vermächtnisnehmer gegenüberstehe. Daraus würde sich aber wieder ergeben, daß der auf den Erben übergegangene Anspruch gegen den Versprechenden dem Vierten, zu dessen Deckung er dienen soll, durch von den Nachlaßgläubigern geführte Zwangsvollstreckung entzogen werden könnte, oder daß sich der Vierte mit Rücksicht auf andere den Erben beschwerende Vermächtnisse, zu deren vollständiger Befriedigung der Nachlaß nicht ausreicht, einen Abzug nach § 1992 gefallen lassen müßte. Von alledem kann aber in unserem Falle keine Rede sein. Bei der hier vorausgesetzten Sachlage gelangt vielmehr von der dem Versprechenden obliegenden Leistung an den Erben praktisch nur dasjenige, was nach Deckung des Anspruchs des Vierten übrig bleibt. III. Von Meischeider S. 328 wird mit Unrecht behauptet, daß der Erblasser auch dem Inhaber der elterlichen Gewalt über den Erben oder Vermächtnisnehmer mit Rücksicht auf die jenem in Ermangelung einer anderen Verfügung des Erblassers (§ 1651) anfallende elterliche Nutznießung an der Erbschaft oder dem Vermächtnis des Kindes Vermächtnisse auferlegen könne. Vgl. aber dagegen § 2147 und hierzu Planck-Ritgen, Erl. 1 zu § 2147 und die eingehenden Ausführungen von Kipp S. 14. Mit Kipp abzulehnen ist auch die Möglich-

Digitized by Google

sein.[4]) Hat der Erblasser hierüber nichts bestimmt, so ist der Erbe als beschwert anzusehen (§ 2147). Mehrere mit demselben Vermächtnis beschwerte Erben sind im Zweifel nach dem Verhältnis der Erbteile,[5]) mehrere Vermächtnisnehmer unter der gleichen Voraussetzung nach dem Verhältnis des Wertes der Vermächtnisse beschwert (§ 2148).[6])

---

keit einer Beschwerung des Ehegatten des Erben, Vermächtnisnehmers, mit Rücksicht auf den ihm hinsichtlich des Erbteils, Vermächtnisses nach Maßgabe des ehelichen Güterrechtes zukommenden Vermögensvorteil. IV. Die vom römischen Recht (l. 96 § 4 D. de leg. I) bejahte Frage, ob mit einem Vermächtnis beschwert werden kann, wer etwas lediglich condicionis implendae causa erhalten hat, ist nach dem BGB. wegen § 2147 zu verneinen. Möglich ist jedoch, daß der Erblasser den A unter der Bedingung bedenkt, daß der letztere dem B eine Zuwendung macht und bei dieser zugleich zu Gunsten des C eine vom B zu bewirkende Leistung stipuliert. Geht A dementsprechend vor, so bestimmt sich aber das Recht des C nicht nach vermächtnisrechtlichen Grundsätzen, sondern nach denen über Verträge auf Leistung an einen Dritten.

[4]) Schon hier ist aber darauf aufmerksam zu machen, daß die wirksame Beschwerung des Erben oder eines Vermächtnisnehmers mit einem Vermächtnis dadurch ausgeschlossen sein kann, daß das Erb- bzw. Vermächtnisrecht des zu Beschwerenden auf Erbvertrag beruht. Vgl. § 2289 Abs. 1 Satz 2. Zu weitgehend ist jedoch die Behauptung Boehms, Erbrecht S. 136, daß dem Vertragserben ein Vermächtnis wirksam überhaupt nur im Erbvertrag auferlegt werden kann; vgl. dazu § 46 d. Darstellung.

[5]) Durch die im Texte hervorgehobene Bestimmung des § 2148 werden übrigens die Vorschriften der §§ 2058 bis 2061 über die Haftung mehrerer Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht berührt. Diesen zufolge haften mehrere Erben für ein ihnen gemeinschaftlich auferlegtes Vermächtnis grundsätzlich (vgl. aber auch §§ 2060, 2061) als Gesamtschuldner, so daß sich die Vorschrift des § 2148 insoweit nur auf das Verhältnis der Bedachten untereinander bezieht (vgl. auch Planck-Ritgen, Erl. 2 zu § 2148; unzutreffend Wilke, S. 166). Soweit die Bestimmungen über die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht eingreifen, ist aber § 2148 allerdings auch für die Haftung mehrerer Beschwerten gegenüber dem Bedachten maßgebend. Mehrere mit demselben Vermächtnis beschwerte Vermächtnisnehmer haften daher dem Bedachten im Zweifel nach Verhältnis des Wertes ihrer Vermächtnisse. Bei Unteilbarkeit der Leistung ist selbstverständlich § 431 maßgebend.

[6]) Der in l. 25 D. de leg. III behandelte Fall einer alternativen Beschwerung ('ille aut ille heres Seio centum dato': potest Seius, ab utro velit, petere. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio) wird nach BGB. in gleicher Weise zu entscheiden sein wie nach r. R. Die mehreren Beschwerten haften also als Gesamtschuldner. Dies ist besonders im Falle alternativer Beschwerung mehrerer Vermächtnisnehmer von praktischer

Digitized by Google

Fällt der ursprünglich Beschwerte weg, so bleibt das Vermächtnis regelmäßig, d. h. sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, doch bestehen; es gilt dann derjenige als beschwert, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt (§ 2161).

Im Falle der Nacherbfolge kann ein Vermächtnis lediglich dem Vorerben (so daß er es aus den ihm während der Dauer seines Rechtes zukommenden Nutzungen zu bestreiten hat), oder lediglich dem Nacherben (vgl. § 2163 Abs. 1 Z. 2) auferlegt sein. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Erblassers wird man jedoch anzunehmen haben, daß das Vermächtnis als Last der Erbschaft behandelt werden soll und daher, wenn von dem Vorerben entrichtet, dem Nacherben als Abzugspost in Rechnung gestellt werden kann.

Hat der Erblasser angeordnet, daß ein vermachter Gegenstand bei dem Eintritt eines nach dem Anfall des Vermächtnisses eintretenden bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses einem Dritten zukommen soll, so gilt hinsichtlich des zu Gunsten des Dritten angeordneten Vermächtnisses nicht der Erbe, sondern der erste Vermächtnisnehmer[7]) als beschwert (§ 2191 Abs. 1).

III. 1. Wer Vermächtnisbedachter, Vermächtnisnehmer sein kann, ergibt sich bereits aus § 24 I dieser Darstellung. Zur Ergänzung des dort Gesagten ist hier nur beizufügen, daß der Vermächtnisnehmer (mag er nun eine natürliche oder eine juristische Person sein) nicht schon zur Zeit des Erbfalls existent zu sein braucht.

Hat der Erblasser bestimmt, daß dem eingesetzten Erben ein Erbschaftsgegenstand nicht zukommen soll, so gilt der Gegenstand nach der ergänzenden Vorschrift des § 2149 (vgl. auch § 2104) als den gesetzlichen Erben, jedoch mit Ausschluß des Fiskus,[8]) vermacht.[9])

Bedeutung, kann aber eine solche wegen §§ 2060, 2061 auch im Falle alternativer Beschwerung mehrerer Erben gewinnen. So auch die überwiegende Meinung; abweichend nur Endemann III § 68 Anm. 6, der ein Vermächtnis der bezeichneten Art als unwirksam behandelt wissen will.

[7]) Hierbei wird vorausgesetzt, daß der erste Vermächtnisnehmer das ihm angefallene Vermächtnis nicht ausgeschlagen, sondern vielmehr definitiv erworben hat.

[8]) Kommt also als gesetzlicher Erbe weder ein Verwandter noch der Ehegatte des Erblassers in Betracht, so verbleibt der Gegenstand dem eingesetzten Erben.

[9]) Ob und welche Bedeutung einem vom Erblasser ausgesprochenen

Digitized by Google

2. Ist der (praktisch auch zur Erbfolge gelangende) Erbe mit einem Vermächtnis bedacht, so liegt ein sogenanntes „Vorausvermächtnis" (entsprechend dem römischen Prälegat) vor.[10]). Es kann in zwei Gestaltungen vorkommen: einmal in der Weise, daß eine bestimmte andere Person (z. B. der Miterbe) mit dem zu Gunsten des Erben ausgesetzten Vermächtnis beschwert ist, dann aber auch so, daß der bedachte Erbe rücksichtlich des Vermächtnisses zugleich auch als Beschwerter oder doch als Mitbeschwerter in Betracht kommt; auch im letzteren Falle[11]) gilt es durchaus[12]) als Vermächtnis (§ 2150). Diese vom römischen Rechte abweichende Behandlung beruht auf dem Gedanken, daß der Vorausvermächtnisnehmer hinsichtlich desjenigen, was ihm vom Erblasser vermächtnisweise zugewendet werden wollte, deshalb allein, weil er auch Erbe ist, nicht schlechter stehen soll als ein anderer Vermächtnisnehmer.[13])

---

und gegen den Erben sich richtenden letztwilligen Verbot der Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes, oder über einen solchen von Todeswegen zu verfügen, zukommt, ist durch freie Auslegung zu ermitteln. Anders noch § 1844 d. I. Entw.; vgl. dazu Protokolle V S. 161. Über das letztwillige Veräußerungsverbot handelt eingehend Reichel im sächs. Arch. Bd. 12 S. 176.

[10]) Wesentlich verschieden von dem Vorausvermächtnis ist die vom Erblasser getroffene Anordnung, daß ein Miterbe bei der Auseinandersetzung einen bestimmten zur Erbschaft gehörenden Gegenstand auf Rechnung seines Erbteils erhalten soll. Den Charakter der Vermächtnisverfügung hat eine solche Bestimmung an und für sich nicht, und es empfiehlt sich daher auch nicht, hier mit Unger, Österr. Erbrecht § 55 Anm. 4, von einem Hineinvermächtnis zu reden.

[11]) Was dem Vorausvermächtnis eigentümlich ist, entfällt, wenn der mit einem solchen Vermächtnis Bedachte die Erbschaft ausschlägt und das Vermächtnis annimmt oder umgekehrt. Hat der Erblasser ein Vorausvermächtnis nur für den Fall ausgesetzt, daß der Bedachte Erbe wird, so entfällt mit der Ausschlagung der Erbschaft zugleich auch das Vermächtnis. Eine solche Absicht des Erblassers hat man jedoch in aller Regel nicht anzunehmen; auch wird man eine der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung nicht ohne weiteres auf die zu Gunsten des Erben getroffene Vermächtnisverfügung mitbeziehen dürfen.

[12]) Das will sagen, daß der Vorausvermächtnisnehmer in Ansehung des Vermächtnisses im Verhältnis zu anderen am Nachlaß beteiligten Personen so gestellt wird, wie er gestellt sein würde, wenn er lediglich Vermächtnisnehmer und also nicht zugleich auch Erbe wäre. Die von Endemann III § 68 Z. 2 a versuchte Konstruktion schießt weit über das Ziel hinaus.

[13]) Nach römischem Rechte ist dagegen das Prälegat, soweit es den Prälegatar selbst beschweren würde, unwirksam, so daß dieser denjenigen Anteil des Prälegats, den er iure legati nicht erhalten kann, iure hereditario behält.

Digitized by Google

Die praktische Bedeutung der Bestimmung des § 2150 tritt nach folgenden Richtungen hin hervor:

a) Im Verhältnis des Vorausvermächtnisnehmers zu Mitvermächtnisnehmern, denen mit ihm zusammen derselbe Gegenstand vermacht ist. Für die Bestimmung der Anteile der Bedachten und hinsichtlich des Anwachsungsrechtes gelten hier ganz dieselben Grundsätze wie bei anderen Vermächtnissen und zwar insbesondere auch dann, wenn die Mitvermächtnisnehmer zugleich Miterben[14]) des Vorausbedachten und deshalb selbst Vorausbedachte sind.

b) Im Verhältnis des Vorausvermächtnisnehmers zu anderen Vermächtnisnehmern. Handelt es sich also um die Frage, ob die Erbschaft mit Vermächtnissen überschwert ist, und ob sich die Vermächtnisnehmer aus diesem Grunde einen Abzug gefallen lassen müssen (§ 1992), so kann der Erbe hierbei das ihm gewährte Vorausvermächtnis mit in Ansatz bringen. Kommt es aber zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses, so steht der Vorausvermächtnisnehmer in diesem anderen Vermächtnisnehmern (vgl. § 226 KO.) gleich.

c) Im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker und zum Nachlaßverwalter. Hat der Erblasser einen zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Testamentsvollstrecker bestellt, so kann der Vorausvermächtnisnehmer (auch soweit er mit dem Vermächtnis selbst beschwert ist) vom Vollstrecker die Entrichtung des Vermächtnisses verlangen (§§ 2203, 2213). Ebenso verhält es sich im Falle der Einsetzung einer Nachlaßverwaltung (vgl. §§ 1975 ff.) mit der Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs gegen den Nachlaßverwalter.[15])

Hieraus haben die römischen Juristen Folgerungen gezogen, die den Absichten eines modernen Erblassers entschieden widersprechen. Vgl. hierzu Dernburg, Pand. III §§ 115, 116.

[14]) Sind also z. B. die Miterben A und B mit einem Gegenstand vorausbedacht, so wird ihnen derselbe in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Erblassers zu gleichen Teilen gebühren, selbst wenn sie als Miterben ungleiche Erbteile erhalten. Die Last des Vermächtnisses haben aber die Miterben im Zweifel auch hier nach Verhältnis ihrer Erbteile zu tragen. Die abweichende Ansicht Frommholds S. 159, nach der die Miterben die Vermächtnislast auch bei ungleichen Erbteilen zu gleichen Teilen zu tragen hätten, entbehrt jeder sachlichen Rechtfertigung und setzt sich überdies in Widerspruch mit der Vorschrift des § 2148.

[15]) Es ist daher auch nicht richtig, wenn Boehm S. 140 behauptet, daß

Digitized by Google

d) Im Verhältnis des Vorausvermächtnisnehmers zum Nacherben und zum Erbschaftskäufer. In ersterer Beziehung genügt die Verweisung auf die bereits in anderem Zusammenhang[16]) besprochene Vorschrift des § 2110 Abs. 2, in letzterer Hinsicht ist noch zu bemerken, daß im Falle eines Erbschaftskaufes das Vorausvermächtnis im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen ist (§ 2373).

e) Im Verhältnis des Vorausvermächtnisnehmers zu seinen Miterben. Er kann ihnen gegenüber Berücksichtigung seines Vorausvermächtnisses bei der Aufhebung der Erbengemeinschaft nach Maßgabe des § 2046 verlangen. Nach dem Buchstaben des Gesetzes scheint der Vorausvermächtnisnehmer während der Dauer der Erbengemeinschaft, soweit die §§ 2058, 2059 eingreifen, sogar jeden einzelnen Miterben hinsichtlich des Vorausvermächtnisses als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen und nach § 2059 Abs. 2 allen Miterben gegenüber die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß durchsetzen zu können. Gegen eine derartige Geltendmachung des Rechtes aus dem Vorausvermächtnis werden jedoch die Miterben in gleicher Weise Einwendungen aus dem Miterbenverhältnis vorbringen können, wie sie dies auch sonst dem als Nachlaßgläubiger auftretenden Erben gegenüber können.[17])

f) Im Verhältnis des Vorausvermächtnisnehmers zu Nachlaßgläubigern, die ihm im Falle des Nachlaßkonkurses vorgehen würden, und zu ausgeschlossenen und diesen gleichgestellten Nachlaßgläubigern insbesondere.[18]) Soweit die Berichtigung von Vermächtnissen zum Nachteil von Nachlaßgläubigern der bezeichneten Art überhaupt zulässig[19]) ist (vgl. §§ 1979, 1991,

---

das Vorausvermächtnis bedeutungslos sei, wenn der mit demselben Bedachte zugleich Alleinerbe wird, andere Vermächtnisse aber nicht angeordnet sind und auch eine Nacherbfolge nicht in Betracht kommt. Vgl. auch Kohler im Arch. f. civ. Prax. Bd. 90 S. 119.

[16]) Vgl. oben § 28a II d. Darstellung.

[17]) Vgl. hierzu § 65 d. D.

[18]) Vgl. auch §§ 70, 75, 76, 78, 80, 81, 82 d. D.

[19]) Soweit eine solche Berichtigung unzulässig ist, muß der beschränkt haftende Erbe, der zugleich Vorausvermächtnisnehmer ist, dasjenige, was er bei Zulässigkeit der Berichtigung zur Deckung des Vorausvermächtnisses aus seinem Erbteil beizutragen haben würde, als einen Erwerb gelten lassen, den er

Digitized by Google

1992, 1973, 1974), gilt dasselbe für die Berichtigung eines Vorausvermächtnisses. Selbst bei zulässig gewesener Befriedigung greift aber wie gegenüber einem anderen befriedigten Vermächtnisnehmer, so auch gegenüber einem befriedigten Vorausvermächtnisnehmer die Anfechtung nach § 222 KO. bzw. § 3a Anf.Ges. durch.

3. Mit einem Vermächtnis können auch mehrere bedacht sein und zwar in sehr verschiedener Weise:

a) So, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren[20]) das Vermächtnis erhalten soll (§ 2151 Abs. 1). Daß diese Bestimmung dem Beschwerten überlassen werden wollte, hat man insbesondere anzunehmen, wenn der Erblasser mehrere alternativ, d. h. in der Weise bedacht hat, daß das Vermächtnis nur dem einen oder dem anderen zukommen soll (§ 2152). Die Bestimmung des Beschwerten erfolgt durch Erklärung gegenüber demjenigen, welcher das Vermächtnis erhalten soll, die des Dritten durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der zur Bestimmung Berufene die Bestimmung nicht treffen, oder trifft er sie nicht vor Ablauf der ihm zur Abgabe der Erklärung auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgericht erteilten Frist,[21]) so sind die Bedachten Gesamtgläubiger;[22]) wer von ihnen das Vermächtnis er-

---

als Erbe gemacht hat. Nicht ganz zutreffend daher Cosack II § 405 unter V 2 c.

[20]) Dabei ist vorausgesetzt, daß der Erblasser die mehreren, aus welchen der Bestimmungsberechtigte die Auswahl treffen soll, mit hinreichender Bestimmtheit selbst bezeichnet hat.

[21]) Über die in diesem Falle und in den verwandten Fällen der §§ 2153 bis 2155, 2192, 2193, 2198 Abs. 2 gegen die durch das Nachlaßgericht erfolgte Fristbestimmung zulässige sofortige Beschwerde vgl. § 80 FGbG. Im Falle der Ablehnung des Antrags ist nach § 20 des g. Ges. für jeden Beteiligten die gewöhnliche Beschwerde begründet. Eine Klage gegen den Bestimmungsberechtigten auf Vornahme der Bestimmung findet nicht statt.

[22]) Nach Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2151 soll bei dieser Gesamtgläubigerschaft jeder Gesamtgläubiger gegen den Beschwerten auf Vornahme der Bestimmung und Leistung an ihn klagen können und soll nicht nur die Leistung an einen der Bedachten, sondern auch schon die Vornahme der Bestimmung die Ansprüche der übrigen Gesamtgläubiger erledigen. Hiergegen ist jedoch zu bemerken, daß die Gesamtgläubigerschaft erst eintritt, wenn die im § 2151 Abs. 3 vorgesehene Bestimmung des Bezugsberechtigten ausgeschlossen ist. Liegt Gesamtgläubigerschaft aber einmal vor, so kann nach dem maßgebenden § 428 von einem Anspruch des Gesamtgläubigers auf

Digitized by Google

hält, ist jedoch (im Gegensatz zur Regel des § 430) im Zweifel nicht zur Teilung verpflichtet (§ 2151 Abs. 2 u. 3).

b) So, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, was jeder der Bedachten von dem vermachten Gegenstand erhalten soll.[23]) Hinsichtlich der Frage, wie die Bestimmung zu erfolgen hat, und in betreff der Fristsetzung zur Abgabe der Bestimmungserklärung gilt das unter a) Gesagte auch hier.[24]) Kann jedoch der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht treffen, oder trifft er sie nicht vor Ablauf der ihm gesetzten Frist, so sind die Bedachten zu gleichen Teilen berechtigt (§ 2153).

c) Einfach so, daß die Bedachten den vermachten Gegenstand zusammen haben sollen. Die Anteile der Mitvermächtnisnehmer richten sich nach der vom Erblasser direkt oder indirekt getroffenen Bestimmung, und nach den zunächst für den Fall der Ein-

---

Bestimmung des Bezugsberechtigten und einer Erledigung der Ansprüche der übrigen Gesamtgläubiger durch Vornahme dieser Bestimmung nicht die Rede sein. (Vgl. auch Herzfelder S. 389.)

[23]) Das Maß der dem Beschwerten oder dem Dritten dabei zukommenden Bestimmungsbefugnis kann nach Maßgabe der konkreten Anordnung des Erblassers wieder sehr verschieden sein. Nach dem Willen des Erblassers kann der Bestimmungsberechtigte insbesondere auch befugt sein, einzelne aus dem Kreise der genannten Personen ganz zu übergehen; vgl. dazu den der RGE. Bd. 30 S. 287 zu Grunde liegenden Fall.

[24]) Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2153 und Herzfelder S. 388 vertreten die Ansicht, daß die Ausübung des Bestimmungsrechtes nur einheitlich erfolgen könne. Hierfür fehlt es aber doch wohl an einem durchschlagenden Grunde. Warum soll es z. B. in einem Falle, wo sich die zu Beteilenden beim bestimmungsberechtigten Beschwerten in bestimmter Weise zu legitimieren haben, schlechthin unzulässig sein, daß der Bestimmungsberechtigte den hinreichend Legitimierten sofort bestimmte Beträge zuweist, die Verteilung des Restes dagegen noch offen läßt? Nicht annehmbar ist auch die Behauptung bei Planck-Ritgen, daß der bestimmungsberechtigte Beschwerte die Teilungsbestimmung wirksam nur gegenüber allen Bedachten, unter denen die Zuweisung erfolgen soll, erklären kann, sodaß demgemäß die zunächst nur einem Bedachten gegenüber erfolgte Zuweisung sich auch im Verhältnis zu diesem als unwirksam darstellen würde. Die praktische Undurchführbarkeit dieser Behandlung erweist sich sofort, wenn man sie sich auf den in Anm. 23 a. E. bezeichneten Fall angewendet denkt. Vgl. übrigens auch die im § 2153 berufene Vorschrift des § 2151 Abs. 2, die nach der Auffassung von Planck-Ritgen einer künstlichen Umdeutung bedürfte.

Digitized by Google

setzung mehrerer Erben[25]) maßgebenden und hier entsprechend anzuwendenden Vorschriften der §§ 2089 bis 2093 (§ 2157).

Fällt von mehreren durch die Einheit des allen zusammen vermachten Gegenstandes[26]) verbundenen Vermächtnisnehmern einer vor oder nach dem Erbfall[27]) weg, so wächst, dafern der Erblasser anderes

---

[25]) Vgl. oben § 26 III d. Darstellung. Besonders hervorzuheben ist jedoch, daß die aus einem gemeinschaftlichen Vermächtnis für die einzelnen Vermächtnisnehmer sich ergebenden Forderungsrechte in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung des Erblassers nach den §§ 420, 432 zu beurteilen sind. Mitvermächtnisnehmer im Sinne des § 2157 stehen also im Gegensatz zu Miterben nicht schon von Rechtswegen in einem Gesamthandverhältnis.

[26]) Sind mehrere Vermächtnisnehmer auch dann als mit demselben Gegenstand bedacht anzusehen, wenn ihnen eine teilbare Forderung oder eine Menge vertretbarer Sachen vermacht ist? Im Entwurf I (§ 1846 Abs. 2) war diese Frage ausdrücklich bejaht. Bei der zweiten Lesung wurde die Entscheidung — nachdem der Antragsteller, aber allerdings nicht ohne Widerspruch, auf ihre Selbstverständlichkeit hingewiesen hatte — gestrichen. (Protokolle V S. 163.) Man wird sich den Standpunkt des Antragstellers unbedenklich aneignen können. Da sich aus der Vermächtnisverfügung für die Bedachten nur Forderungen gegen den Beschwerten auf Abtretung der entsprechenden Anteile der vermachten Forderung bzw. auf Zuweisung der entsprechenden Menge ergeben (§ 2174), so bleibt die den Gegenstand aller Zuwendungen bildende Forderung bzw. Menge von vertretbaren Sachen in ihrem Bestande zunächst unberührt. Es wird also die vom Entwurf I getroffene — und nebenbei bemerkt auch dem justinianischen Rechte (vgl. dazu Windscheid III § 644 Anm. 9) entsprechende — Entscheidung auch für das Recht des BGB. festzuhalten sein. Anders ist jedoch regelmäßig zu entscheiden, wenn der Erblasser dem A den abgegrenzten Teil eines bestimmten Grundstücks und dem B einen anderen abgegrenzten Teil desselben Grundstücks vermacht hat. In Ermangelung ganz besonderer Gegengründe wird hier vielmehr anzunehmen sein, daß nicht allen Vermächtnisnehmern zusammen derselbe Gegenstand, sondern jedem ein besonderer Gegenstand vermacht ist.

[27]) Auch hier (vgl. oben § 26 IV Z. 2) kann der Mitvermächtnisnehmer z. B. wegen des Eintritts einer der Zuwendung beigefügt gewesenen auflösenden Bedingung erst wegfallen, nachdem er bereits definitiv erworben hatte. In solchen Fällen erlangt der Anwachsungsberechtigte den frei werdenden Anteil als Nachvermächtnisnehmer nach dem Weggefallenen. Unbedenklich wird man daher auch sagen können, daß im Falle eines dem A und B gemachten Nießbrauchvermächtnisses Anwachsung zu Gunsten des A selbst dann Platz greift, wenn B, nachdem er seinen Anteil am Vermächtnisse erworben hatte, vor dem A gestorben ist. Diese Entscheidung hat nicht nur die Autorität des römischen Rechtes, sondern auch die Natur der Sache für sich. Dabei ist aber wie bei der vermächtnisrechtlichen Anwachsung überhaupt, so auch in

Digitized by Google

weder direkt noch indirekt bestimmt hat, der Anteil des Weggefallenen den übrigen Bedachten nach Verhältnis ihrer Anteile zu. Dadurch allein, daß die Anteile der Bedachten vom Erblasser bestimmt worden sind, ist die Anwachsung noch nicht als ausgeschlossen zu betrachten. Ein bevorzugtes Anwachsungsrecht besteht unter solchen Mitvermächtnisnehmern, die auf einen der zu bildenden Vermächtnisanteile zusammenberufen sind (§ 2158).

Der durch Anwachsung — die sich immer von selbst und, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, cum onere (§ 2161) vollzieht[28]) — anfallende Vermächtnisanteil ist sowohl hinsichtlich der ihn als auch der den ursprünglichen Anteil belastenden Vermächtnisse und Auflagen als besonderes Vermächtnis zu behandeln (§ 2159). Den Wegfall des Mitbedachten braucht der Anwachsungsberechtigte nicht zu erleben und die Anwachsung kommt also auch hier (vgl. o. § 26 IV) den Erben des Erwerbers des ursprünglichen Vermächtnisanteils zu statten (§ 2180 Abs. 3 und § 1953 Abs. 1, 2). In der Annahme oder Ausschlagung des ursprünglichen Anteils ist zugleich auch die Annahme oder Ausschlagung des durch Anwachsung hinzukommenden Anteils gelegen.[29])

4. Wie bei Erbeinsetzungen ist auch bei Vermächtnissen eine Ersatzberufung möglich. Die hinsichtlich des Ersatzerben maßgebenden Vorschriften der §§ 2097 bis 2099[30]) finden auch auf den Ersatzvermächtnisnehmer entsprechende Anwendung (§ 2190). Die Wirksamkeit der Ersatzberufung wird auch hier dadurch nicht gehindert, daß der Ersatzvermächtnisnehmer den Wegfall des vor ihm berufen gewesenen Vermächtnisnehmers nicht erlebt.[31])

5. Der Einsetzung eines Nacherben entspricht auf dem Gebiete

---

den hier besonders herausgehobenen Fällen wohl zu beachten, daß das Recht aus dem Vermächtnis nach dem BGB. immer nur ein Forderungsrecht ist.

[28]) Die von Justinian in der bekannten l. un. § 11 C. de cad. toll. 6. 51 gemachte und doch wohl als künstlich zu bezeichnende Unterscheidung zwischen der coniunctim und der disiunctim erfolgten Vergebung desselben Gegenstandes an mehrere ist also dem BGB. mit Recht fremd geblieben.

[29]) Die oben in § 26 V hervorgehobene Erscheinung kann mit Rücksicht auf die in § 2180 enthaltene Berufung des § 1952 Abs. 3 auch bei Vermächtnissen vorkommen.

[30]) Für Erbeinsetzungen und Vermächtnisse gleichmäßig gilt die allgemeine Vorschrift des § 2069; vgl. oben § 24 d. D.

[31]) Vgl. oben § 26 VI d. Darstellung.

Digitized by Google

des Vermächtnisrechtes die Bedenkung mit einem Nachvermächtnis, d. h. mit einem Vermächtnis, zufolge dessen das Vermachte dem Bedachten erst nach einem anderen Vermächtnisnehmer (Vorvermächtnisnehmer) mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses zukommen soll. Während jedoch der Nacherbe mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge ohne weiteres in die Erbenstellung eintritt, erlangt der Nachvermächtnisnehmer mit dem Anfall des Nachvermächtnisses lediglich ein Forderungsrecht auf Herausgabe des vermachten Gegenstandes[32]) gegen den ersten Vermächtnisnehmer. Die Vorschriften über die Nacherbfolge finden daher auch nicht durchgreifend, sondern nur in sehr beschränktem Maße[33]) nach folgenden Richtungen hin auf das Nachvermächtnis entsprechende Anwendung: Im Falle der Bedenkung mit einem Nachvermächtnis ist im Zweifel anzunehmen, daß der Nachvermächtnisnehmer beim Wegfall des mit dem Vorvermächtnis Bedachten an dessen Stelle als Ersatzvermächtnisnehmer treten soll. Ist jedoch zweifelhaft, ob jemand als Ersatzvermächtnisnehmer oder als Nachvermächtnisnehmer bedacht ist, so gilt er als Ersatzvermächtnisnehmer. Erfährt der Erwerb des Vorbedachten durch Anwachsung oder Ersatzberufung eine Erweiterung, so erstreckt sich der Anspruch des Nachvermächtnisnehmers im Zweifel auch auf sie. Hat der Erblasser nicht bestimmt, wann das Vermächtnis dem Nachvermächtnisnehmer zukommen soll, so fällt es diesem mit dem Tode des Vorvermächtnisnehmers an. Ist jedoch der Vermächtnisnehmer, dem ein nach seinem Tode zu entrichtendes Nachvermächtnis auferlegt ist, ein Abkömmling des Erblassers und hatte derselbe zur Zeit der Errichtung des Nachvermächtnisses überhaupt keinen oder doch keinen dem Erblasser als solchen bekannten Abkömmling, so ist anzunehmen, daß das Nachvermächtnis nur für den Fall gelten soll, daß der Vorvermächtnisnehmer ohne Nachkommenschaft stirbt. Vgl. § 2191.

---

[32]) Die Pflicht zur Herausgabe von Surrogaten bestimmt sich nach den §§ 281, 2164 Abs. 2, 2169 Abs. 3; § 2111 ist dagegen für das Nachvermächtnis nicht maßgebend. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2191.

[33]) § 2191 Abs. 2 ordnet daher auch nur die entsprechende Anwendung der in der weiteren Darstellung des Textes mitberücksichtigten Vorschriften der §§ 2102, 2106 Abs. 1, 2107 und 2110 Abs. 1 auf das Nachvermächtnis an. Über die Stellung des Nachvermächtnisnehmers in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfall des Nachvermächtnisses vgl. unten § 31 (S. 217) d. D.

Digitized by Google

b) Schranken der Wirksamkeit der Vermächtnisse.

§ 30.

I. Auf denselben Gründen, in deren Berücksichtigung das Gesetz der vom Erblasser beabsichtigten dauernden Vinkulierung der Erbschaft als solcher Schranken setzt (vgl. § 2109 und hierzu § 27 dieser Darstellung), beruhen im Vermächtnisrecht die Vorschriften der §§ 2162, 2163; sie ziehen nämlich die zeitlichen Grenzen, über welche die Wirksamkeit von Vermächtnisverfügungen nicht hinausreichen kann, und zwar in folgender Weise: Vermächtnisverfügungen werden in aller Regel mit dem Ablauf von dreißig Jahren seit dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Anfall des Vermächtnisses an den Bedachten stattgefunden hat.[1]) Soweit jedoch die Hinausschiebung des Vermächtnisanfalls nur darauf beruht, daß der Vermächtnisnehmer noch nicht geboren ist, tritt die Unwirksamkeit nicht ein, wenn der Vermächtnisnehmer vor Ablauf der dreißig Jahre wenigstens erzeugt war (§ 2162 Abs. 2). Abgesehen hiervon bleibt das Vermächtnis über die bezeichnete Frist hinaus nur wirksam:

1. wenn es für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Beschwerten oder des Bedachten ein bestimmtes Ereignis eintritt und derjenige, in dessen Person dasselbe eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt, oder doch wenigstens bereits erzeugt ist (§ 1923);

2. wenn ein Erbe, ein Nacherbe oder ein Vermächtnisnehmer für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, mit einem Vermächtnis zu Gunsten des Bruders oder der Schwester beschwert ist.

Ist der Beschwerte oder der Bedachte, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist.

II. Nach der für das römische Recht maßgebenden regula Catoniana[2]) ist ein Vermächtnis, das wegen seines Inhalts der

---

[1]) Dies (in Verbindung mit den in der folgenden Ausführung des Textes hervorgehobenen Abweichungen) ist der kurze Sinn des § 2162; denn die in demselben als maßgebend hervorgehobenen Umstände sind ganz dieselben, welche nach den §§ 2177, 2178 den Anfall des Vermächtnisses hinausschieben. Vgl. § 31 d. Darstellung.

[2]) Vgl. l. 1 pr. D. d. reg. Cat. 34. 7: Celsus libro trigesimo quinto digestorum. Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non

Digitized by Google

Wirksamkeit entbehrt haben würde, dafern der Erblasser im Augenblicke der Errichtung des Vermächtnisses verstorben wäre, grundsätzlich unwirksam, selbst wenn der der Wirksamkeit der Verfügung entgegenstehende Umstand zur Zeit des wirklichen Todes des Erblassers nicht mehr vorhanden ist. Dem BGB. ist diese Regel fremd; man hat vielmehr folgendermaßen zu entscheiden:

1. Nach § 2171 ist ein Vermächtnis unwirksam, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung[3]) gerichtet ist[4]) oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstößt.[4a]) Darnach steht also (im Gegensatz zum Rechte der regula Catoniana) der Umstand allein, daß die Leistung zur Zeit der Errichtung unmöglich war, oder daß die Verfügung gegen ein zu dieser Zeit bestehendes Gesetz verstoßen hatte, der Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht entgegen. Außerdem ordnet § 2171 aber noch die entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 308 sowohl auf den Fall der Unmöglichkeit der Leistung als auch auf den der Verbotswidrigkeit

---

valere. Die Regel bezieht sich übrigens nicht auf Vermächtnisse, deren dies cedens nicht schon mit dem Tode des Erblassers, sondern erst später eintritt.

[3]) Nach dem Sprachgebrauch des BGB. (vgl. besonders §§ 275, 306) hat man hierbei nur an den Fall der sogenannten objektiven Unmöglichkeit der Leistung zu denken. Für die Beurteilung des zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Unvermögens des Beschwerten zur Leistung sind die erst in § 33 d. D. zu würdigenden §§ 2169, 2170 von Belang. Wohl zu beachten ist ferner, daß § 2171 der vertragsrechtlichen Vorschrift des § 306 entspricht und sich somit nur auf die anfängliche, nicht auf die nachträgliche Unmöglichkeit bezieht. Eine grundsätzliche Abweichung besteht jedoch darin, daß für die Entscheidung der Frage, ob ursprüngliche Möglichkeit wirklich vorliegt, nach § 2171 nicht die Zeit der Anordnung der Vermächtnisverfügung, sondern der Erbfall in Betracht kommt.

[4]) Selbstverständlich ist es, daß die dem Beschwerten auferlegte Leistung auch noch nach dem im § 2171 für maßgebend erklärten Zeitpunkte unmöglich werden kann. Bei der Beurteilung des Einflusses dieser Unmöglichkeit handelt es sich aber nicht mehr um eine spezifisch vermächtnisrechtliche, sondern um eine allgemein obligationenrechtliche Frage. Vgl. hierzu §§ 276 bis 282, und rücksichtlich derjenigen Fälle, in welchen die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung erst in der Zeit zwischen Erbfall und Vermächtnisanfall eintritt — sie entsprechen auf dem Gebiete des Vertragsrechts dem Falle einer mit Beifügung einer aufschiebenden Bedingung eingegangenen Verpflichtung — die §§ 160, 2179. S. übrigens auch § 31 d. D.

[4a]) Vgl. hierzu Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen (1900) S. 49, 71.

Digitized by Google

an. Daraus ergibt sich zunächst die Zulässigkeit der Anordnung, daß der Beschwerte zu leisten habe, wenn die Leistung nach dem Erbfall möglich oder erlaubt werden sollte; ferner, daß ein unter einer anderen aufschiebenden und später sich verwirklichenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins verfügtes Vermächtnis als wirksam zu behandeln ist, wenn die ursprünglich vorhanden gewesene Unmöglichkeit zwar erst nach dem Erbfall, aber doch noch vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins behoben wird, bzw. die Verbotswidrigkeit während dieser Zeit wegfällt.

Hinsichtlich der Frage der Unmöglichkeit der Leistung greift § 2172 Abs. 1 noch mit der positiven Entscheidung ein, daß die Leistung einer vermachten Sache auch dann als unmöglich zu gelten hat,[5]) wenn die Sache mit einer anderen Sache[6]) in solcher Weise verbunden, vermischt oder vermengt worden ist, daß nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an der anderen Sache sich auf sie erstreckt[7]) oder Miteigentum[8]) eingetreten ist, oder wenn sie in solcher Weise verarbeitet oder umgebildet worden ist, daß nach § 950 derjenige, welcher die neue Sache hergestellt hat,[9]) Eigentümer geworden ist.

2. Zufolge der auf Rechtsgeschäfte aller Art sich beziehenden Vorschrift des § 138 ist selbstverständlich auch eine Vermächtnisverfügung, die gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Ob aber ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, wird nach Analogie der Entscheidung des § 2171 auch hier nicht nach der Zeit der Errich-

---

[5]) Mit dieser Frage darf nicht die von ihr wesentlich verschiedene Frage verwechselt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung eine Surrogatleistung als vermacht zu gelten hat. Vgl. darüber unten § 33 d. Darstellung.

[6]) Hierbei kommt darauf, ob die andere Sache einem Dritten oder dem Erblasser selbst gehört, nichts an.

[7]) Der Gültigkeit eines Vermächtnisses, laut dessen der Erblasser angeordnet hat, daß der beschwerte Erbe eine Sache, die vorläufig einen wesentlichen Bestandteil einer anderen Sache bildet, von dieser abzutrennen und dann dem Bedachten zu leisten habe, steht übrigens § 2172 Abs. 1 nicht entgegen.

[8]) Über die Behandlung des Falles, daß die dem Erblasser gehörende vermachte Sache mit einer anderen Sache des Erblassers verbunden, vermischt, vermengt worden ist, also eines Falles, in dem „Miteigentum" gar nicht „eintreten" kann, vgl. § 33 d. Darstellung.

[9]) Hierdurch ist auch der Fall mitgetroffen, daß die Verarbeitung oder Umbildung der vermachten Sache vom Erblasser selbst vorgenommen worden ist.

Digitized by Google

tung, sondern nur nach der Zeit des Erbfalls zu beurteilen sein.[10]) Auch nach dieser Richtung hin spielt also das Recht der regula Catoniana nach dem BGB. keine Rolle mehr.

III. Ist ein Erbe, Nacherbe, Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnis derart beschwert, daß das Vermächtnis nur gelten soll, dafern der Beschwerte zum Erwerbe gelangt, so wird das Vermächtnis durch den Wegfall des Beschwerten unwirksam (§§ 2085, 2161).

IV. Kurz hinzuweisen ist schon an dieser Stelle auf die erst in anderem Zusammenhang zu besprechende Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1.[11])

c) Erwerb und Ausschlagung.*)

§ 31.

I. Das Recht aus dem Vermächtnis erwirbt der Vermächtnisnehmer von selbst, jedoch mit der Möglichkeit der Ausschlagung (§§ 2174, 2176). Hierbei sind zunächst in ähnlicher Weise wie bei

---

[10]) Nach dem Entwurf I (vgl. § 1853 Satz 1: „Ist durch ein Vermächtnis eine Leistung zugewendet, welche zur Zeit des Erbfalls unmöglich oder durch Gesetz verboten ist, oder welche gegen die guten Sitten verstößt, so ist das Vermächtnis nichtig") war ein solcher Analogieschluß freilich ausgeschlossen. Vgl. auch Motive V S. 154, die hervorheben, daß bei der Beurteilung des Verstoßes gegen die guten Sitten lediglich die Zeit der Errichtung der Vermächtnisverfügung entscheidet. Der Auffassung der Motive schließen sich überwiegend auch die Schriftsteller über das BGB. an. Etwas anders Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2171; daselbst wird zwar eine gegen die guten Sitten zur Zeit der Testamentserrichtung verstoßende Vermächtnisverfügung in Übereinstimmung mit den Motiven schlechthin für unwirksam erklärt, selbst wenn ein Verstoß gegen die zur Zeit des Erbfalls herrschenden guten Sitten nicht mehr vorliegt, Unwirksamkeit einer Vermächtnisverfügung aber doch auch dann angenommen, wenn sie nur gegen die guten Sitten zur Zeit des Erbfalls verstößt. Die Darstellung des Textes macht sich dagegen, hierin von der 2. Auflage S. 123 abweichend, von dem unlogischen und archaistischen Rückfall des ersten Entwurfs und der Motive in die Lehre von der r. C. vollständig frei. Für die Lösung des Textes spricht einerseits, daß nur sie zu folgerichtigen Ergebnissen führt, und andererseits, daß ihr die Fassung des BGB. nach keiner Richtung hin entgegensteht.

[11]) Vgl. darüber unten § 49 d. D.

*) Brückner, Vermächtniserwerb nach gem. R. u. nach dem BGB. (1901).

Digitized by Google

der Nacherbfolge (vgl. oben § 27 IV) zwei Zeitpunkte auseinander zu halten.

1. Der eine derselben ist der Anfall des Vermächtnisses,[1] d. i. der Zeitpunkt, mit welchem „die Forderung des Vermächtnisnehmers"[2] unbeschadet des Rechtes, das Vermächtnis auszuschlagen, „zur Entstehung kommt" (§ 2176). Er trifft regelmäßig mit dem Erbfall[3] zusammen, tritt aber unter Umständen erst später ein und zwar: wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls[4] noch nicht erzeugt ist, erst mit dessen Geburt,[5] wenn die Persönlichkeit des Bedachten durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird, mit dem Eintritt des Ereignisses, und wenn das Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung

---

[1] Dem Anfall des Vermächtnisses soll im Vermächtnisrecht des BGB. eine ähnliche Bedeutung zukommen, wie bei eintretender Nacherbfolge dem Anfall der Erbschaft an den Nacherben. Während sich aber der letztere von jedem anderen im Falle der Einsetzung eines Nacherben möglichen Stadium scharf abgrenzen läßt, ist die Abgrenzung des Vermächtnisanfalls im Sinne des BGB. von denjenigen Stadien, welche die Römer als dies legati cedens und dies legati veniens bezeichnet haben, nicht ohne Schwierigkeit.

[2] Daß dem Vermächtnisnehmer aus dem Vermächtnis immer nur ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten erwächst (§ 2174), ist schon im § 6 d. Darstellung dargelegt worden.

[3] Mit dem römischen Rechte berührt sich dies insofern, als auch nach diesem der dies legati cedens regelmäßig mit dem Tode des Erblassers zusammentrifft. Daß das Recht aus dem Vermächtnis mit dem dies legati cedens zur Entstehung gelange, kann man dagegen deshalb nicht sagen, weil diese Entstehung nach römischer Auffassung doch noch immer davon abhängig ist, daß der mit dem Vermächtnis Beschwerte zum Erwerbe gelangt. Der Standpunkt des BGB. ist ein anderer. Vgl. die Ausführungen des Textes unter Z. 3.

[4] Der zwar erst nach dem Erbfall geborene aber schon vor demselben erzeugte Vermächtnisnehmer gilt jedoch hinsichtlich des Vermächtnisanfalls als schon vor dem Anfall geboren (§§ 2178, 1923).

[5] Die entsprechende Anwendung des § 1923 Abs. 2 ist auf diesen Fall nicht angeordnet und eine Rückziehung des mit der Geburt des Bedachten eintretenden Anfalls auf einen früheren Zeitpunkt findet somit hier nicht statt. Nur nach der im § 2162 Abs. 2 bezeichneten Richtung hin kommt der im § 1923 Abs. 2 sich ausprägende Gedanke doch wieder zur praktischen Geltung. Soweit nämlich die Wirksamkeit eines Vermächtnisses davon abhängig ist, daß der Vermächtnisnehmer in einem gewissen Zeitpunkte bereits lebt, genügt es, daß der später lebend geborene Vermächtnisnehmer zu jener Zeit bereits erzeugt war.

Digitized by Google

eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetretenen Anfangstermins[6]) angeordnet ist, mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins (§§ 2176 bis 2178).

Was das Gesetz als „Anfall des Vermächtnisses" bezeichnet, fällt weder mit dem dies legati cedens noch mit dem dies legati veniens des römischen und gemeinen Rechtes vollständig zusammen. Nicht mit dem letzteren, weil die Erfüllung des Vermächtnisses möglicherweise noch über die Zeit des Anfalls hinausgeschoben sein kann (vgl. darüber unten Z. 3), und nicht mit dem ersteren, weil der Bedachte den Anfall des Vermächtnisses nicht notwendig zu erleben braucht.[7])

Die rechtliche Bedeutung des Vermächtnisanfalls tritt nach folgenden Richtungen hin hervor:

a) Eine Vermächtnisverfügung wird unwirksam, wenn der Anfall des Vermächtnisses nicht vor dem Ablauf der in den §§ 2162, 2163 bestimmten Zeit eintritt (vgl. oben § 30 dieser Darstellung unter I).

b) Wenn der Anfall des Vermächtnisses erst nach dem Erbfall eintritt (§§ 2177, 2178), so finden rücksichtlich der zwischen diesen Zeitpunkten liegenden Zeit die Vorschriften über eine unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldete Leistung Anwendung (§ 2179) und zwar selbst dann, wenn der Bedachte noch nicht einmal erzeugt ist.[8]) Der Beschwerte ist daher, dafern der Anfall des Vermächtnisses später eintritt, dem Bedachten zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet, wenn die normale Entwickelung der Vermächtnisforderung in der bezeichneten Zwischenzeit infolge von Umständen, die er zu

---

[6]) Daß im Falle eines vom Erblasser angeordneten Anfangstermins der Anfall der Vermächtnisforderung bis zum Eintritt des Termins hinausgeschoben wird (§ 2177), ist eine Konsequenz der schon im § 163 (vgl. hierzu Planck I S. 209) sich ausprägenden grundsätzlichen Auffassung des Anfangstermins. Die Anordnung eines Anfangstermins (möglicherweise freilich auch die einer aufschiebenden Bedingung) liegt insbesondere auch dann vor, wenn der Erblasser ein Vermächtnis dem Nacherben auferlegt hat. Hier kann der Vermächtnisanfall nicht vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge stattfinden.

[7]) Ungenau die Anmerkung zu § 2178 in der Handausgabe des BGB. von Tränkner-Wulfert; ihr zufolge möchte man glauben, daß der Bedachte den Anfall des Vermächtnisses immer erleben müsse.

[8]) Vgl. hierzu § 1913.

Digitized by Google

vertreten hat,[8a]) beeinträchtigt worden ist (§ 160). Dem eventuell Bedachten aber kommen schon während der Zwischenzeit diejenigen prozessualen und konkursrechtlichen Vorschriften zu statten, welche die Sicherung eines bedingten oder betagten Forderungsrechtes bezwecken.

[8a]) Welche Umstände sind dies? § 160 spricht nur von einer Haftung wegen Verschuldens. Kleineidam S. 113 will daraus schließen, daß den nur bedingt Verpflichteten gegenüber dem bedingt Berechtigten in Ansehung der Zeit vor der Erfüllung der Bedingung lediglich eine Haftung aus seinem eigenen Verschulden treffe, also nicht auch eine Haftung für Umstände, die ein Schuldner sonst (vgl. § 280 in Verbindung mit 278) auch ohne eigenes Verschulden zu vertreten hat. In gleicher Weise scheint auch Planck-Ritgen Erl. zu § 2179 entscheiden zu wollen. Allein dieser Auffassung muß widersprochen werden. Wenn § 160 lediglich die Haftung für eigenes Verschulden hervorhebt, so erklärt sich dies daraus, daß sich seine Bestimmung auf bedingte Rechtsgeschäfte aller Art bezieht. Handelt es sich jedoch um ein bedingtes Obligationsverhältnis, so müssen neben der Vorschrift des § 160 auch die auf die Haftung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger sich beziehenden Vorschriften herangezogen werden. Dies wird übrigens von Planck-Ritgen selbst indirekt dadurch anerkannt, daß er in den hierher gehörenden Fällen die Bestimmung des § 281 in betreff der Verpflichtung zur Herausgabe des stellvertretenden commodum für anwendbar erklärt. Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2171 erblickt ferner im Falle einer nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung einen wesentlichen Unterschied zwischen der Gestaltung der Haftung hinsichtlich der Zeit während des Schwebens und der nach Erfüllung der Bedingung darin, daß der auf § 160 sich stützende Gläubiger das Verschulden des bedingt Verpflichteten beweisen muß, wogegen der nach Maßgabe der §§ 175 ff. auf Schadensersatz in Anspruch genommene Schuldner sich von der Haftung nur durch den Beweis entlasten kann, daß er die eingetretene Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Letzteres ist gewiß richtig; allein für die Haftung des bedingten Schuldners nach § 160 wird aus dem schon angegebenen Grunde dasselbe gelten müssen. Vgl. auch Planck I Erl. zu § 160, woselbst ausgeführt wird, daß man für die Haftung des bedingt Verpflichteten den Gedanken der Rückziehung verwerten könne. Praktisch führt diese Auffassung offenbar zu dem oben vertretenen Ergebnis. Eigentümlich geartet sind diejenigen Fälle, in welchen man hinsichtlich der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Vermächtnisanfall nicht einmal von einem bedingt Beschwerten reden kann. So liegen die Verhältnisse z. B. bis zum Zeitpunkt des Falles der Nacherbfolge, wenn mit dem Vermächtnis lediglich der Nacherbe belastet ist. Hier wird man (soweit nicht § 826 eingreift) dem Bedachten einen direkten Schadensersatzanspruch gegen den Erben wegen einer diesem zur Last fallenden Vereitelung des Vermächtnisses versagen müssen und ihm somit nur einen Anspruch gegen den Nacherben auf Abtretung des diesem erwachsenen Ersatzanspruchs zusprechen können.

Digitized by Google

Vgl. insbesondere § 916 Abs. 2 CPO. und §§ 54, 67, 96, 154, 168, 171 KO.

c) Ist ein bestimmter zum Nachlaß gehörender Gegenstand (sei es nun eine Sache, sei es ein Recht, z. B. eine Forderung, ein Urheberrecht u. dgl.) vermacht, so erfährt der Vermächtnisanspruch mit dem Eintritt des Vermächtnisanfalls die im § 2184 bestimmte Erweiterung. Vgl. darüber unten § 33 II dieser Darstellung.

2. Unter Umständen kommt es wie bei der Nacherbfolge so auch im Vermächtnisrecht zu einem Voranfall,[8b]) mit dessen Eintritt der Bedachte bereits eine vererbliche Anwartschaft auf das Vermächtnis erlangt.[9]) So z. B. bei einem unter Beifügung eines Anfangstermins (in dem eine Bedingung auch nicht verborgen ist) angeordneten Vermächtnisse. Hier tritt der Voranfall zu Gunsten des beim Tode des Erblassers bereits erzeugten (§ 1923) Vermächtnisnehmers schon mit dem Erbfall, der Anfall des Vermächtnisses selbst erst mit dem Eintritt des Termins ein.[9a]) Ebenso kann es sich aber auch bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung angeordneten Vermächtnisse verhalten, wenn im konkreten Falle die Auslegungsregel des § 2074 nicht zutrifft.[10])

3. Neben den zwei soeben hervorgehobenen Zeitpunkten ist auch noch der der Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs von Bedeutung. Dieser Zeitpunkt kann niemals vor dem Anfall des Vermächtnisses eintreten, unter Umständen aber auch über den Anfall noch hinausgeschoben sein.[10a]) Mit Rücksicht darauf, daß der Anfall eines unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordneten Vermächtnisses erst mit dem Eintritt des Termins erfolgt (§ 2177), scheint zwar

---

[8b]) Vgl. dazu oben § 27 d. D.

[9]) In betreff der Schranken dieser Vererblichkeit vgl. §§ 2074, 2160. Innerhalb dieser Schranken ist die Anwartschaft auf den Anfall eines Vermächtnisses aber offenbar vererblich. Ein argumentum a maiori ad minus ist überdies noch aus § 2108 zu gewinnen. Auf dem hier vertretenen Standpunkte steht jetzt auch die herrschende Meinung.

[9a]) Unzutreffend, weil direkt gegen die Vorschrift des § 2177, ist es, wenn Wilke S. 182 in dem Falle des Textes auch schon den Vermächtnisanfall auf den Zeitpunkt des Voranfalls (des Eintritts der vererblichen Anwartschaft) verlegt.

[10]) Hierbei ist es aber immerhin möglich, daß das Vermächtnis ungeachtet des bereits eingetretenen Voranfalls hinterher nach § 2162 unwirksam wird.

[10a]) Ungenau Endemann § 72 Z. 3.

Digitized by Google

der Schluß nahegelegt zu sein, daß jede die Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs hinausschiebende Fristbestimmung zugleich auch einen Aufschub des Vermächtnisanfalls bewirke und daß daher mit dem Anfall des Vermächtnisses notwendig auch die Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs gegeben sei. Bei genauerer Prüfung stellt sich jedoch dieser Schluß als unhaltbar heraus.

Vor allem ist zu erwägen, daß der Erblasser hinsichtlich der Fälligkeit des Vermächtnisses eine Bestimmung treffen kann, in der die Anordnung eines für die Entstehung der Vermächtnisforderung maßgebenden Anfangstermins keineswegs gelegen ist. So beschaffen ist z. B. die Bestimmung, daß der Beschwerte den vermachten Betrag vom Erbfalle ab mit jährlichen 4 pCt. zu verzinsen, das Kapital selbst aber erst mit Ablauf eines Jahres seit der durch den Vermächtnisnehmer erfolgten Kündigung zu bezahlen habe. Hier ist die Entstehung der Vermächtnisforderung und damit zugleich der Anfall sicherlich auf den Zeitpunkt des Erbfalls zu verlegen, obschon die Forderung zu dieser Zeit noch nicht fällig ist.[10b]) Auf ein anderes hierher gehörendes Beispiel weist die Vorschrift des § 2181 hin: Darnach wird, wenn der Erblasser die Zeit der Erfüllung des Vermächtnisses dem freien Belieben des Beschwerten überlassen hat, die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten *fällig*. Schon aus der Fassung des § 2181 erhellt, daß man sich hier die Vermächtnisforderung nicht als eine erst mit dem Tode des Beschwerten entstehende, sondern als eine schon vor dem Eintritt ihrer Fälligkeit entstandene zu denken hat.[11])

Ein Aufschub der Erfüllung der bereits angefallenen Vermächt-

---

[10b]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2177.

[11]) Das im Texte festgestellte Ergebnis ist auch von praktischer Bedeutung. Beispiel: Der Erblasser hat dem zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Nacherben ein Vermächtnis mit der Bestimmung auferlegt, daß die Zeit der Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten überlassen sein solle. Nimmt man außerdem an, daß die dreißigjährige Frist des § 2162 zwar noch nicht zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge, wohl aber zur Zeit des Todes des beschwerten Nacherben bereits verstrichen ist, so hängt die Wirksamkeit des Vermächtnisses davon ab, ob man die Vermächtnisforderung als eine schon mit dem Zeitpunkte des Anfalls der Erbschaft an den beschwerten Nacherben entstandene oder aber als eine solche behandelt, die erst zur Zeit des Todes des Nacherben zur Entstehung kommen sollte. Die Entscheidung ist im ersteren Sinne zu treffen.

Digitized by Google

nisforderung kann sich aber auch infolge der für die Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs maßgebenden Rechtssätze ergeben. Nach § 1967 Abs. 2 gehören Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen, die dem Erben auferlegt sind, zu den Nachlaßverbindlichkeiten. Gleich allen anderen Ansprüchen, die sich gegen den Nachlaß richten, kann daher auch der Anspruch aus einem solchen Vermächtnis vor der Annahme der Erbschaft nicht gegen den Erben[12]) gerichtlich geltend gemacht werden (§ 1958). Selbst nach erfolgter Annahme der Erbschaft kann aber der Erbe gegen den seinen Anspruch auf Erfüllung verfolgenden Vermächtnisnehmer einen Aufschub dadurch erwirken, daß er sich der ihm nach Maßgabe der §§ 2014, 2015 und des § 305 EPO. zustehenden aufschiebenden Einreden bedient. Ist der Vermächtnisanspruch freilich so beschaffen, daß er ohne alle Rücksicht darauf, wer als Erbe sich herausstellen wird, durchgreift[13]) — und das ist die Regel (§ 2161) — so kann er vom Vermächtnisnehmer auch schon vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben[13a]) gegen einen nach Maßgabe der §§ 1960, 1961 aufgestellten Nachlaßpfleger oder nach Maßgabe des § 2213 gegen den etwa vorhandenen Testamentsvoll-

---

[12]) Hinsichtlich des Nacherben ist zu beachten, daß er als „Erbe" vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge überhaupt nicht in Betracht kommt, auch dann nicht, wenn er bereits vorher angenommen hat.

[13]) Man denke aber z. B. an eine Verfügung folgenden Inhalts: „Ich setze meinen Bruder A als Erben und meinen Schwager B als Ersatzerben ein. Gelangt die Erbschaft an den A, so soll er meinem Freunde X 5000 als Vermächtnis ausbezahlen, wird jedoch B mein Erbe, so soll dem X vermächtnisweise mein Wohnhaus zukommen." Ist hier zur Zeit des Erbfalls noch unentschieden, ob A oder B Erbe wird, so kann X auch gegenüber einem aufgestellten Nachlaßpfleger weder auf Erfüllung der einen noch der anderen Vermächtnisanordnung dringen. Nicht uninteressant ist hierbei noch die Frage nach dem Zeitpunkt des Anfalls dieser Vermächtnisse. Die richtige Antwort ist, daß der Anfall des einen Vermächtnisses von der condicio iuris abhängig ist, daß A Erbe wird, und der Anfall des anderen Vermächtnisses von der condicio iuris, daß die Erbschaft an den B gelangt. Ist aber die eine oder andere condicio iuris eingetreten, so gilt der Anfall des Vermächtnisses als schon mit dem Erbfall erfolgt. Vgl. dazu des Verfassers Transmission p. c. S. 55 bis 57.

[13a]) Unverständlich ist es, wenn Endemann III § 693 Z. 1 bemerkt: „Die Vermächtnisforderung entsteht daher für den belasteten Erben erst mit der Annahme der Erbschaft."

Digitized by Google

strecker geltend gemacht werden. Geschieht dies, so ist dafür aber wieder der Nachlaßpfleger oder der Testamentsvollstrecker befugt, die sofortige Erfüllung durch Vorbringung der früher erwähnten aufschiebenden Einreden abzuwenden (§ 2017).

So viel über die Geltendmachung eines den Erben beschwerenden Vermächtnisanspruchs. Was aber den mit einem Vermächtnis beschwerten Vermächtnisnehmer betrifft, so kann er zur Erfüllung erst verhalten werden, wenn er die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist (§ 2186). Daß er dieses Vermächtnis auch ausschlagen kann, schließt dagegen die Geltendmachung des gegen ihn sich richtenden Vermächtnisanspruchs noch nicht aus; macht er aber von der Möglichkeit der Ausschlagung späterhin Gebrauch, so wird die gegen ihn erhobene Klage dadurch gegenstandslos.[13b])

II. Die an eine gesetzliche Frist nicht gebundene Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten;[14]) dasselbe gilt für die Annahme, der Bedeutung insofern zukommt, daß durch sie die Möglichkeit der Ausschlagung ausgeschlossen wird.[15]) Die Erklärung kann erst nach dem Eintritt des

---

[13b]) Die Prozeßkosten trägt der klagende Untervermächtnisnehmer. Möglicherweise kann er aber gegen den nachträglich Ausschlagenden Rückgriff nach § 826 nehmen. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2186.

[14]) Es handelt sich also hier und ebenso bei der Annahme des Vermächtnisses um eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130. Obschon im § 2180 als Empfänger der Erklärung der Beschwerte bezeichnet ist, so wird doch nicht zu bezweifeln sein, daß, soweit eine Vermächtnisforderung gegenüber einem Nachlaßpfleger (vgl. dazu § 1960 Abs. 2) oder einem Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden kann, die diesen Personen gegenüber abgegebene Ausschlagungs- oder Annahmeerklärung wirksam ist.

[15]) Wird über das Vermögen des mit einem Vermächtnis Bedachten zwar nach dem Anfall, aber noch bevor die Annahme oder Ausschlagung erfolgt ist, Konkurs eröffnet, so kommt die Entscheidung hierüber nur dem Gemeinschuldner zu (§ 9 K.O.). Im Falle der Annahme gehört der Erwerb als ein schon vor der Eröffnung des Verfahrens gemachter zur Masse. Die mit einem Vermächtnisse bedachte Ehefrau bedarf zur Annahme oder Ausschlagung der Zustimmung ihres Mannes nicht (§§ 1406, 1453). Zur Ausschlagung des Vermächtnisses ist, wenn der Bedachte unter elterlicher Gewalt steht, regelmäßig (§ 1643 Abs. 2; über die Ausnahme vgl. daselbst Satz 2) und, wenn er unter Vormundschaft steht, immer die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 1822 Nr. 2).

Digitized by Google

Erbfalls, aber doch schon vor dem Anfall[15a]) des Vermächtnisses erfolgen; sie ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird, und desgleichen, wenn sie die Annahme oder Ausschlagung nur hinsichtlich eines Teiles des Vermächtnisses[15b]) ausspricht. Vgl. § 2180.[16])

Das Recht zur Ausschlagung des Vermächtnisses geht auf den Erben des Bedachten über. Von mehreren Erben kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil des Vermächtnisses ausschlagen (§ 2180 Abs. 3).

Wird ein Vermächtnis noch vor seinem Anfall ausgeschlagen, so tritt der Anfall desselben an den Ausschlagenden überhaupt nicht mehr ein; findet die Ausschlagung dagegen nach dem Anfall statt, so gilt dieser als nicht erfolgt. Die weiteren Folgen der Ausschlagung sind je nach den Umständen verschieden. Hatte der Erblasser mit Rücksicht auf den möglichen Wegfall des Vermächtnisnehmers einen Ersatzvermächtnisnehmer berufen, so wird diese Ersatzberufung in gleicher Weise wirksam, wie sie wirksam sein würde, wenn der Ausschlagende den nach Beschaffenheit der Sachlage für die Vererblichkeit des Rechtes aus dem Vermächtnis maßgebenden Zeitpunkt[17]) nicht erlebt hätte. Ist neben dem ausschlagenden Vermächtnisnehmer noch

---

[15a]) Abweichend nur Meischeider S. 357, 358, der ohne durchschlagenden Grund vor dem Vermächtnisanfall nur die Ausschlagung, nicht auch die Annahme für zulässig hält.

[15b]) Wer zu mehreren Vermächtnissen berufen ist, kann in Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Erblassers das eine annehmen und das andere ausschlagen.

[16]) Vgl. hierzu und zum folgenden die Bestimmungen der §§ 1950, 1952 Abs. 1, 3, 1953 Abs. 1, 2, deren entsprechende Anwendung durch § 2180 Abs. 3 angeordnet ist.

[17]) Die im § 2180 angeordnete entsprechende Anwendung des § 1953 Abs. 2 („die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte") scheint im Falle der Ausschlagung eines Vermächtnisses zu dem Ergebnisse zu führen, daß das ausgeschlagene Vermächtnis demjenigen anfällt, welcher zu demselben schon von vornherein berufen gewesen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Vermächtnisanfalls nicht gelebt hätte. Allein hiergegen spricht folgendes: Während Erbe (im Gegensatz zum Nacherben) nur werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt, können Vermächtnisse auch wirksam sein, obschon der Bedachte nur den sogenannten Voranfall, nicht aber den Anfall des Vermächtnisses selbst erlebt.

Digitized by Google

ein anwachsungsberechtigter Mitvermächtnisnehmer vorhanden, so kommt es zur Anwachsung des freigewordenen Vermächtnisanteils. Schlägt einer von mehreren Erben des Vermächtnisnehmers aus, so fällt der ausgeschlagene Teil den Miterben nach Verhältnis ihrer Erbteile zu.[18]) Trifft keine der bisher hervorgehobenen Voraussetzungen zu, so ist der Beschwerte infolge der Ausschlagung des Vermächtnisnehmers von der Verbindlichkeit zur Entrichtung des Vermächtnisses befreit; die dem ausschlagenden Vermächtnisnehmer auferlegten Weitervermächtnisse und Auflagen bleiben jedoch — sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist — bestehen und sind nunmehr von demjenigen zu entrichten, welcher mit dem ausgeschlagenen Vermächtnis beschwert war. Vgl. §§ 2180 Abs. 3, 2161.

Die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses ist nicht nach den Sondervorschriften der §§ 1954 ff. über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, sondern lediglich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119 bis 124, 142 bis 144 zu beurteilen. Im Gegensatz zu § 1957 gilt daher auch die Anfechtung der Annahme noch nicht als Ausschlagung und die Anfechtung der Ausschlagung noch nicht als Annahme. Eine besondere Behandlung tritt jedoch bei der Anfechtung der Ausschlagung eines Vermächtnisses im Falle des § 2308 Abs. 2 ein; hier finden die Vorschriften über die Ausschlagung einer Erbschaft mit der Abweichung entsprechende Anwendung, daß die Abgabe der Anfechtungserklärung gegenüber dem Beschwerten erfolgt.

d) Der Vermächtnisanspruch.

§ 32.

I. Der Vermächtnisanspruch des Bedachten geht auf Erfüllung der Vermächtnisforderung und kann, auch wenn ein Vermächtnisnehmer beschwert ist, beim Gerichtsstande der Erbschaft erhoben werden (§ 27 ZPO.). Die Leistungsverpflichtung des Beschwerten bestimmt sich dabei, soweit nicht erb- und vermächtnisrechtliche Sonderbestimmungen eingreifen (vgl. darüber insbesondere unten III und die weiteren Ausführungen über die einzelnen Arten von Vermächt-

[18]) Darüber, daß hier kein echter Fall der Anwachsung vorliegt, vgl. oben § 26 V. Vgl. außerdem die Ausführung zu § 1952 Abs. 3 im 3. Hauptstück d. Darstellung.

Digitized by Google

nissen), nach den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts,[1]) so insbesondere auch rücksichtlich der Haftung für eigenes[2]) und fremdes[3]) Verschulden, rücksichtlich der Steigerung der Haftung durch Leistungsverzug oder Rechtshängigkeit, rücksichtlich der Kosten der Entrichtung des Vermächtnisses[4]) und rücksichtlich des Leistungsortes.[5]) In betreff der Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs vgl. das in § 31 d. D. Bemerkte.

II. Mit besonderen Sicherungsrechten[6]) ist der Vermächtnisgläubiger durch das BGB. nicht ausgerüstet. Er hat weder ein gesetzliches Pfandrecht noch einen gesetzlichen Pfandrechts- oder Hypothekentitel, ebensowenig greift zu seinen Gunsten ein gesetzliches Veräußerungsverbot ein. Wie jedem anderen Gläubiger kommen aber auch ihm die allgemeinen Sicherungsmittel des Arrestes und der einstweiligen Verfügung (§§ 916 ff., 935 ff. CPO.) zu statten. Hat

[1]) Hinsichtlich der Zeit vor dem Erbfall kann von einer vermächtnisrechtlichen Haftung des Beschwerten (vgl. aber doch §§ 2164, 2169) selbstverständlich nicht die Rede sein; doch kann er sich durch böswilliges Handeln während dieser Zeit dem Vermächtnisnehmer gegenüber nach § 826 schadenersatzpflichtig machen. Vgl. Planck-Ritgen Erl. z. § 2179. In Ansehung der Zeit vor der Annahme der Erbschaft wird der beschwerte Erbe dem Vermächtnisnehmer, und in Ansehung der Zeit vor der Annahme des Hauptvermächtnisses wird der Hauptvermächtnisnehmer dem Untervermächtnisnehmer — soweit nicht auch hier § 826 anwendbar ist — doch wohl nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag haftbar sein (vgl. auch den hier freilich nicht direkt anwendbaren § 1978).

[2]) Die Annahme eines dem Vermächtnisbeschwerten dem Vermächtnisbedachten gegenüber anrechenbaren Verschuldens ist ausgeschlossen, wenn jener von dem Vorhandensein des Vermächtnisses weder wußte noch wissen mußte. Allein dieser Grundsatz erfährt eine bemerkenswerte Durchbrechung durch die wie den Nachlaßgläubigern überhaupt, so auch den Vermächtnisnehmern, soweit sie Nachlaßgläubiger sind, zu statten kommende Bestimmung des § 1978; vgl. darüber unten § 78 d. D.

[3]) Über die Frage, ob und in welchem Umfange der Erbe für das Verschulden des Nachlaßpflegers haftet, vgl. unten § 62 d. D.

[4]) Diese Entscheidung ergibt sich aus dem Mangel einer besonderen Bestimmung; doch geht die Haftung über das in den §§ 448, 449 beim Kaufe bestimmte Maß keinesfalls hinaus. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2174.

[5]) Vgl. §§ 269, 270. Aus den nach § 269 zu berücksichtigenden Umständen des Falles und der Absicht des Erblassers wird sich übrigens nicht selten ergeben, daß der letzte Wohnsitz des Erblassers Leistungsort sein soll. Vgl. Planck-Ritgen a. a. O.

[6]) Über das römische Recht vgl. Windscheid III § 648.

Digitized by Google

er einen Anspruch auf Einräumung eines im Grundbuch einzutragenden Rechtes, so kann er zu seiner Sicherung nach Maßgabe des § 883 die Eintragung einer Vormerkung erwirken. Dem vermächtnisbeschwerten Erben gegenüber ergibt sich für den Vermächtnisgläubiger die Möglichkeit einer Sicherung durch die Vorschriften über die Nachlaßverwaltung[7]) und den Nachlaßkonkurs.[8]) Denn die in diesen Fällen eintretende Absonderung des Nachlasses von dem Eigenvermögen des Erben, mag sie nun auf Antrag des Vermächtnisgläubigers selbst oder auf Antrag eines Dritten erfolgt sein, kommt dem Vermächtnisgläubiger dadurch zu statten, daß der abgesonderte Nachlaß dem Zugriff der Erbengläubiger entzogen ist. Eine Sicherung eigentümlicher Art kann dem Vermächtnisgläubiger endlich in der Weise zu teil werden, daß der Erblasser mit der Entrichtung des Vermächtnisses einen Testamentsvollstrecker betraut.[9])

III. Der Vermächtnisanspruch unterliegt gewissen Beschränkungen,[10]) vermöge welcher er eine Kürzung erfahren[11]) oder wohl auch ganz undurchsetzbar werden kann. Hierbei ist zu unterscheiden, je nachdem der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer der Beschwerte ist.

1. Dem beschwerten Erben kommen

a) unter hier noch nicht zu besprechenden Voraussetzungen die Vorschriften der §§ 1975 ff. über die Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten zu statten. Doch mag schon hier hervorgehoben werden, daß der Erbe in dieser Beziehung (vgl.

---

[7]) Vgl. dazu §§ 78, 79 d. D.

[8]) Vgl. §§ 78, 80 d. D.

[9]) In bedenklicher Lage befindet sich der durch Arrest oder Vormerkung noch nicht gesicherte Untervermächtnisnehmer, wenn der Anspruch des Hauptvermächtnisnehmers in dessen Konkursmasse fällt und es auch an einem zur Entrichtung des Untervermächtnisses berufenen Testamentsvollstrecker fehlt. Ein Absonderungsrecht des Untervermächtnisnehmers ist nicht begründet und dieser scheint somit als Konkursgläubiger auftreten zu müssen, was freilich sehr unbillig ist.

[10]) Über den Fall, daß der mit dem Vermächtnis Bedachte zugleich auch pflichtteilsberechtigt ist, vgl. unten § 54 d. D.

[11]) Ist die vermachte Leistung unteilbar, so wird der Bedachte ihre Bewirkung nur gegen Zahlung des der Höhe der Kürzung entsprechenden Anteils des Schätzungswertes der Leistung beanspruchen können. Will er darauf nicht eingehen, so muß er sich mit der Entrichtung des entsprechend gekürzten Schätzungswertes zufrieden geben. Vgl. auch l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35.2.

Digitized by Google

§ 1992) besonders günstig gestellt ist, wenn die Überschuldung des Nachlasses nur auf Vermächtnissen und Auflagen beruht.[12]) Macht also der Erbe von den ihm zur Geltendmachung der Beschränkung seiner Haftung zustehenden Rechtsbehelfen den entsprechenden Gebrauch, so wird er wegen der ihm auferlegten Vermächtnisse (und Auflagen) über die Kräfte des Nachlasses hinaus nicht zu haften haben. Der für die Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt schlechthin unbeschränkt haftende Erbe haftet dagegen auch für Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen (und Auflagen) ohne Rücksicht auf den Bestand des Nachlasses, jedoch unter Berücksichtigung der unter b) und c) erwähnten Abzugsposten[13]) mit seinem ganzen Vermögen. Möglich ist es übrigens auch, daß der Erbe lediglich hinsichtlich eines einzelnen Vermächtnisses das Recht zur Beschränkung seiner Haftung einbüßt. Über die Stellung der Vermächtnisgläubiger im Verhältnis zu anderen Nachlaßgläubigern vgl. das 4. Hauptstück d. D.

b) Ist der Erbe mit einem Pflichtteilsanspruch belastet, oder ist er selbst pflichtteilsberechtigt, so steht ihm im ersten Falle ein Recht zur Kürzung der ihm auferlegten Vermächtnisse (und Auflagen) nach § 2318 Abs. 1 und unter Umständen auch nach § 2322 und im zweiten Falle nach § 2318 Abs. 3 zu.[14])

c) Hat der Erbe nach Maßgabe des § 2161 Vermächtnislasten zu tragen, die zunächst einem später weggefallenen Vermächtnisnehmer auferlegt waren, so haftet er dem Untervermächtnisnehmer nicht weiter, als diesem der ursprünglich beschwerte Vermächtnisnehmer gehaftet haben würde (§ 2187 Abs 2).

d) Hat der beschwerte Erbe mehrere Erbteile erlangt — und hinsichtlich der Vermächtnisse und Auflagen gilt auch der durch Anwachsung erworbene Erbteil (§ 2095) sowie die nach § 1935 eingetretene Erhöhung des ursprünglichen Erbteils als besonderer Erbteil — so ist das Maß der zulässigen Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen in betreff jedes Erbteils besonders zu beurteilen. Der Erbe kann also nicht verhalten werden, den bei dem einen Erbteil

---

[12]) Vgl. § 82 d. D.

[13]) Vgl. dazu auch Hagen, die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten in Iherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 175.

[14]) Genaueres hierüber ist erst bei der Darstellung des Pflichtteilsrechtes zu sagen. Vgl. unten § 54.

Digitized by Google

sich ergebenden Überschuß zur Deckung des bei einem anderen Erbteil sich herausstellenden Abgangs zu verwenden.

e) Ein Recht darauf, daß ihm wenigstens ein Teil des Nachlasses rein d. h. unbeschwert durch Vermächtnisse verbleibe, hat der Erbe nicht. Die falcidische Quart ist dem BGB. fremd.

2. Ein beschwerter Vermächtnisnehmer kann:

a) wenn er selbst eine Kürzung seines Vermächtnisses erfahren hat, und soweit nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, auch die ihm auferlegten Beschwerungen verhältnismäßig kürzen (§ 2188). Er kann ferner

b) nach Maßgabe der Vorschriften (vgl. § 1992), welche für den beschränkt haftenden Erben gelten,[15]) der mit Vermächtnissen

---

[15]) Vgl. dazu § 82 in Verbindung mit den §§ 81, 85 d. D. Aus der entsprechenden Anwendung der daselbst entwickelten Grundsätze ergibt sich folgendes: 1. Macht der beschwerte Vermächtnisnehmer die Beschränkung der Haftung nach § 2187 geltend, so finden auf die Verwaltung des ihm Hinterlassenen und auf den Ersatz der gemachten Verwendungen die Vorschriften des § 1978 Anwendung (§ 1991 Abs. 1). 2. Ein infolge der Erfüllung des Hauptvermächtnisses an den Hauptvermächtnisnehmer durch Vereinigung erloschenes Rechtsverhältnis (z. B. ein Pfandrecht des Hauptvermächtnisnehmers) gilt im Verhältnis zwischen dem Hauptvermächtnisnehmer und dem Untervermächtnisnehmer als nicht erloschen (§ 1991 Abs. 2). 3. Stellt der Beschwerte schon im Laufe des gegen ihn vom Untervermächtnisnehmer anhängig gemachten Prozesses liquid, daß er dem letzteren nichts mehr zu leisten hat, oder daß seine Haftung doch ein bestimmtes Maß nicht überschreitet, so kann er die Abweisung des Klägers oder den urteilsmäßigen Ausspruch, daß er nur mit bestimmten Gegenständen zu haften habe, erwirken. Andernfalls muß er sich die Beschränkung der Haftung bei sonstigem Verlust des Rechtes zur Haftungsbeschränkung (unzutreffend daher Cosack II § 404 Z. 2 a) nach Maßgabe des § 780 CPO. im Urteil vorbehalten lassen, um dann im Vollstreckungsverfahren seine Einwendungen geltend machen zu können (§§ 781, 785, 786 CPO.) und hierdurch zu bewirken, daß der Kläger seine Zwangsvollstreckung nur auf dasjenige richten kann, was der Beklagte auf Grund seines Vermächtnisses erlangt hat und was nach § 1978 als dazu gehörend in Ansatz zu bringen ist. Hat der Beschwerte das ihm Zugewendete noch nicht erhalten, so wird sich der Untervermächtnisnehmer damit zufrieden geben müssen, daß ihm jener den Anspruch gegen den zunächst Beschwerten zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung überläßt. Eine dem Hauptvermächtnisnehmer im Interesse des Untervermächtnisnehmers obliegende Verpflichtung zur Geltendmachung des Anspruchs gegen den zunächst Beschwerten ist im allgemeinen nicht anzunehmen (anders Wilke S. 189, dagegen aber mit Recht Planck-Ritgen Erl. 1 zu

Digitized by Google

oder Auflagen überschwert ist, die Erfüllung der ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen insoweit verweigern, als das von ihm aus dem Vermächtnis Erlangte nicht ausreicht (§ 2187).

c) Hat ein Vermächtnisnehmer unter den in § 2322 bezeichneten Verhältnissen für die Deckung eines Pflichtteilsanspruchs aufzukommen, so ist er nach Maßgabe der eben bezeichneten Vorschrift zur Kürzung der ihn beschwerenden Vermächtnisse und Auflagen berechtigt.

d) Soweit ein Vermächtnisnehmer an Stelle eines weggefallenen Vermächtnisnehmers tritt, haftet er wegen der auf dem Vermächtnis ruhenden Untervermächtnisse und Auflagen nicht weiter, als der Weggefallene gehaftet haben würde (§ 2187 Abs. 2).

e) Ist der beschwerte Vermächtnisnehmer mit mehreren Vermächtnissen bedacht, so ist das Maß der zulässigen Kürzung der ihm auferlegten Weitervermächtnisse und Auflagen hinsichtlich jedes der beschwerten Vermächtnisse besonders zu bestimmen. In dieser Beziehung kommt aber insbesondere auch der einem beschwerten Vermächtnisnehmer zu dem ursprünglichen Anteil an einem mehreren zusammen vermachten Gegenstand hinzuwachsende Anteil als besonderes Vermächtnis in Betracht (§ 2159).

3. Soweit nach dem unter 1 und 2 Gesagten eine Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen zulässig ist, findet der Abzug regelmäßig bei allen Vermächtnissen und Auflagen verhältnismäßig statt. Der Erblasser kann jedoch durch Verfügung von Todeswegen bestimmen, daß hierbei ein Vermächtnis oder eine Auflage den Vorrang vor den übrigen Beschwerungen haben soll (§ 2189).

---

§ 2187). Unter Umständen (so z. B. wenn der Anspruch des Untervermächtnisnehmers später fällig wird als der des Hauptvermächtnisnehmers) kann aber der Hauptvermächtnisnehmer (vorausgesetzt, daß er angenommen hat) wegen Nichtgeltendmachung seines Anspruchs dem Untervermächtnisnehmer doch haftbar werden. 4. Die Führung der Zwangsvollstreckung in dasjenige, womit der Hauptvermächtnisnehmer dem Untervermächtnisnehmer haftet, kann der erstere (§ 1992 Satz 2) durch Zahlung des Wertes abwenden. 5. Sind dem Hauptvermächtnisnehmer mehrere Beschwerungen auferlegt, so muß er die Befriedigung nach Maßgabe der Vorschrift des § 1991 Abs. 4 bewirken. Vgl. dazu § 81 d. D.

Digitized by Google

2. Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes.

a) Der Gegenstand gehört dem Erblasser.

§ 33.

I. Das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes[1]) ist mit Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Erblassers[1a]) regelmäßig nur wirksam,[1b]) wenn und soweit[1c]) der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls zum Nachlaß gehört (§ 2169 Abs. 1). Bei dieser Regel bewendet es selbst dann, wenn der Erblasser eine dem Erben oder dem sonstigen Beschwerten gehörende Sache vermacht hat.[2]) Durch die Regel des § 2169 Abs. 1 werden insbesondere auch diejenigen Fälle getroffen, in welchen der vermachte Gegenstand, nachdem er dem Erblasser bereits gehört hatte, aus dessen Vermögen vor dem

---

[1]) Über das Verhältnis von „Gegenstand" und „Sache" vgl. § 90. Darnach ist Gegenstand der weitere Begriff und gibt es im Sinne des Gesetzes außer den körperlichen Gegenständen (= Sachen) auch unkörperliche Gegenstände z. B. Forderungen.

[1a]) Unzutreffend ist es, wenn Frommhold S. 172 das Vermächtnis eines zur Zeit des Erbfalls nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes als ein solches behandelt, das der Beschwerte nach Maßgabe des § 2169 Abs. 1 wegen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung in beliebiger Weise anfechten kann. Dies widerspricht durchaus dem Wortlaut und Sinne des Gesetzes, nach dessen unzweideutiger Auffassung das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes vom Richter schon von Amtswegen nach Maßgabe des § 2169 zu beurteilen ist.

[1b]) Behauptet der Beschwerte Unwirksamkeit des Vermächtnisses wegen Nichtzugehörigkeit des vermachten Gegenstandes zum Nachlaß, so trifft ihn die Beweislast. Die Führung des Beweises, daß das Vermächtnis vom Erblasser trotzdem als Verschaffungsvermächtnis gewollt sei, obliegt dagegen dem Bedachten.

[1c]) Das Vermächtnis ist also unter Umständen nur teilweise wirksam.

[2]) Dies ergibt sich daraus, daß für diesen Fall eine besondere Bestimmung nicht getroffen wird, so daß also auch er nach der Vorschrift des § 2169 Abs. 1 beurteilt werden muß. Anders entscheidet das römische Recht; vgl l. 67 § 8 D. de leg. II. Der Unterschied der Auffassung tritt praktisch hervor, wenn der Erblasser einen Gegenstand, der zur Zeit des Erbfalls dem Beschwerten gehört, als einen zum Nachlaß gehörenden vermacht hat. Nach römischem Rechte ist das Vermächtnis wirksam, nach dem BGB., dessen Entscheidung den Vorzug verdient, unwirksam. Anders mit Unrecht Boehm S. 147 Anm. 3. Als sogenanntes Verschaffungsvermächtnis (vgl. darüber § 34 d. Darstellung), kann aber das Vermächtnis einer dem Beschwerten gehörenden Sache selbstverständlich auch nach dem BGB. wirksam sein.

Digitized by Google

Erbfall wieder ausgeschieden ist, so z. B. dadurch, daß der Erblasser den Gegenstand entgeltlich oder unentgeltlich veräußert hat. In einem Vorgang der eben bezeichneten Art erblickt das Gesetz nicht etwa einen Widerruf des Vermächtnisses,[2a]) sondern den Eintritt eines Falles, für welchen das Vermächtnis schon von vornherein gar nicht gewollt war. Gehört der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls zum Nachlaß, so erweist sich dagegen das Vermächtnis selbst dann als wirksam, wenn der Gegenstand zur Zeit der Anordnung dem Erblasser noch nicht gehörte, oder nachdem er ihm gehört hatte, aus dessen Vermögen wieder durch einige Zeit ausgeschieden war.[3])

Bei Anwendung der Regel ist noch folgendes zu beachten.

1. Im Sinne derselben gehört ein Gegenstand auch dann nicht zur Erbschaft,[4]) wenn der Erblasser zu dessen Veräußerung verpflichtet ist (§ 2169 Abs. 4).

2. Steht dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes zu, so gilt im Zweifel dieser Anspruch als vermacht (§ 2169 Abs. 3). Richtet sich aber der Anspruch gegen den Bedachten selbst, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Vermächtnisnehmer von dem Anspruch befreit werden soll.

3. Ist an Stelle des vermachten, zur Zeit des Erbfalls aber nicht mehr zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes ein Ersatz getreten, so gilt unter Umständen dieser als vermacht. Dieser Gedanke findet im einzelnen folgende Ausgestaltung:

a) Dafern dem Erblasser vermöge der Umstände, unter welchen der vermachte Gegenstand nach[5]) der Anordnung des Vermächtnisses

---

[2a]) So mit Unrecht Endemann III § 69 Z. 5.

[3]) Frommhold S. 192 will im nachträglichen Erwerb des Gegenstandes durch den Erblasser eine Bestätigung der letztwilligen Erklärung erblicken, die der Erblasser sonst wegen Irrtums hätte anfechten können. Eine Widerlegung dieser Theorie dürfte entbehrlich sein.

[4]) Dies wird von Endemann III in seiner Ausführung § 72 Anm. 5 übersehen.

[5]) Die Entscheidung des Textes wird übrigens auch festzuhalten sein, wenn die hervorgehobenen Umstände schon vor der Anordnung des Vermächtnisses eingetreten sind, ihr bereits erfolgter Eintritt aber dem Erblasser bei der Anordnung des Vermächtnisses noch nicht bekannt war.

Digitized by Google

unterging[6]) oder dem Erblasser entzogen worden ist,[7]) ein Anspruch auf Ersatz des Wertes[8]) erwachsen ist, gilt im Zweifel dieser Anspruch als vermacht (§ 2169 Abs. 3).

b) Ist die vermachte Sache ohne den Willen des Erblassers[9]) mit einer anderen Sache derart verbunden, vermischt oder vermengt worden, daß hierdurch für den Erblasser Miteigentum[10]) oder ein Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache entstanden ist, so gilt

---

[6]) Ein hierher gehörender Fall liegt insbesondere auch dann vor, wenn die vermachte Sache von einem Dritten in der im § 950 bezeichneten Weise verarbeitet oder umgebildet worden ist (§ 2172 Abs. 2 a. E.).

[7]) Man denke z. B. an den Fall der Enteignung, oder daran, daß die vermachte bewegliche Sache von demjenigen, welchem der Erblasser sie anvertraut hatte, unterschlagen und sodann von einem Dritten nach Maßgabe des § 932 zu Eigentum erworben worden ist. Anders verhält es sich, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand freiwillig verkauft hat. In diesem Falle erhält der Bedachte den vermachten Gegenstand selbst dann nicht, wenn der Kaufvertrag zur Zeit des Erbfalls noch nicht erfüllt ist (§ 2169 Abs. 4), aber auch nicht den vom Käufer dem Erblasser schuldig gewordenen Kaufpreis.

[8]) Die Umstände können übrigens auch so geartet sein, daß der dem Erblasser zukommende Anspruch nur auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung geht; dann wird dieser Anspruch als vermacht zu gelten haben.

[9]) Die Wendung des Textes weicht zwar von dem Wortlaut des Gesetzes („durch einen anderen als den Erblasser", § 2172 Abs. 2) ab, trifft aber doch sicherlich den Sinn desselben. Unter Umständen wird übrigens der durch Vermengung entstandene Miteigentumsanteil selbst dann als vermacht zu gelten haben, wenn die Vermengung mit dem Willen des Erblassers erfolgt ist. Beispiel: der Erblasser vermacht jemandem seine im Depot einer Bank befindlichen Wertpapiere. Nach der Anordnung des Vermächtnisses gestattet der Erblasser dem Bankier — der von dieser Gestattung auch Gebrauch macht — die Einverleibung der Wertpapiere in ein sogenanntes Sammeldepot. Man wird nicht zweifeln dürfen, daß nunmehr der Anteil des Erblassers an dem Sammeldepot als vermacht zu gelten hat.

[10]) Wie ist aber in folgendem Falle zu entscheiden? Der Erblasser hat verfügt: „Ich vermache dem X die in meiner Kasse sich befindende uneröffnete Goldrolle (laut Angabe 1000 Mark enthaltend), die ich unlängst als Honorar für eine Arbeit, deren Herstellung mir ohne die Beihülfe des X nicht möglich gewesen wäre, erhalten habe." Nach dem Tode des Erblassers stellt sich heraus, daß die Rolle geöffnet und das in ihr enthaltene Gold mit dem sonstigen Gelde des Erblassers vermischt ist; es wird aber auch bewiesen, daß dies dadurch geschehen ist, daß ein Freund des erkrankten Erblassers in dessen Auftrag zur Zahlung fälliger Rechnungen der Kasse Geld entnommen und hierbei versehentlich gerade diejenige Rolle aufgebrochen hatte, welche er nach der Weisung des Erblassers nicht hätte aufbrechen sollen. Obschon hierdurch

Digitized by Google

im Zweifel das Miteigentum oder das Recht zur Wegnahme der Sache als vermacht (§ 2172 Abs. 2); soweit aber dem Beschwerten in den hierher gehörenden Fällen ein Anspruch auf Leistung von Schadensersatz oder auf Herausgabe der grundlosen Bereicherung erwachsen ist, gilt das unter a) Bemerkte auch hier.[11])

c) Hat der Erblasser eine ihm zustehende Forderung vermacht und ist diese zur Zeit des Erbfalls bereits erfüllt,[12]) so gilt im Zweifel der geleistete Gegenstand als vermacht, dafern er in der Erbschaft noch vorhanden ist. War die Forderung aber auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so gilt im Zweifel die entsprechende Geldsumme selbst dann als vermacht, wenn sich eine solche in der Erbschaft nicht[13]) vorfindet. Vgl. § 2173.[14])

Miteigentum für den Erblasser nicht entstanden ist, so werden dem Bedachten doch 1000 Mk. aus der Kasse des Erblassers gebühren.

[11]) Anders mit Unrecht Wilke S. 178; vgl. dagegen auch Planck-Ritgen Erl. 1b zu § 2172.

[12]) Auf wessen Veranlassung die Erfüllung stattgefunden hat, ist gleichgültig. Insbesondere darf in der Einziehung der Forderung durch den Erblasser nicht eine ademptio legati erblickt werden. Im Falle der vor dem Erbfall durch den Erblasser oder durch den Schuldner vorgenommenen Aufrechnung soll das Vermächtnis nach Planck-Ritgen Erl. 2d zu § 2173 wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sein. Dies dürfte aber bei Geldforderungen weder der Absicht des Erblassers noch der des Gesetzes entsprechen. Soweit die Aufrechnung für den Erblasser zu demselben wirtschaftlichen Erfolg führt wie die Erfüllung wird vielmehr die Auslegungsregel des § 2173 Satz 2 zur Anwendung zu bringen sein. Erfolgt die Aufrechnung nach dem Erbfall durch den Schuldner mit einer ihm gegen den Nachlaß oder gegen den Erben zustehenden Forderung gegenüber dem Erben, oder nach § 406 gegenüber dem Bedachten, oder durch den Erben gegenüber dem Schuldner, so haftet der Erbe dem Bedachten jedenfalls, soweit er infolge der Aufrechnung bereichert ist, im letzten Falle aber, soweit er den Bedachten durch die Vornahme der Aufrechnung schuldbar geschädigt hat, auf Schadensersatz. Vgl. Planck-Ritgen a. a. O.

[13]) Hat der Erblasser als Gegenstand des Vermächtnisses sein Sparkassenbuch bezeichnet, so ist damit selbstverständlich das Sparkassenkapital vermacht. Die Auslegungsregel des § 2173 Satz 2 kann aber dabei nicht ohne weiteres durchgreifen. Es wird vielmehr regelmäßig anzunehmen sein, daß der Erblasser dem Bedachten nur dasjenige vermachen wollte, was laut des Buches zur Zeit des Erbfalls geschuldet wird, nicht dagegen die Gesamtheit der Beträge, die im Laufe der Jahre eingelegt und dann wieder erhoben wurden.

[14]) Über die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften des § 2173 beim Befreiungsvermächtnis vgl. § 37 d. D.

Digitized by Google

4. Besteht der Gegenstand des Vermächtnisses in einer Forderung, die dem Erblasser gegen den Erben zusteht, oder in einem Rechte, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, so gilt die infolge des Erbfalls durch Konfusion eingetretene Erlöschung[15]) doch in Ansehung des Vermächtnisses als nicht eingetreten (§ 2175). In analoger Weise ist sicherlich auch zu entscheiden, wenn der Erblasser einen mit einem Rechte des Erben belasteten Gegenstand vermacht hat.[16])

5. Als etwas zur Zeit des Erbfalls zur Erbschaft Gehörendes ist auch der zu dieser Zeit vorhandene bloße Besitz einer Sache anzusehen. Dies ist nicht nur dann von Erheblichkeit, wenn die primäre Absicht des Erblassers geradezu auf die Zuwendung des Besitzes gerichtet war, sondern auch dann, wenn der Erblasser die Sache selbst zuwenden wollte (§ 2169 Abs. 2).

Fälle der ersteren Art liegen z. B. vor, wenn der besitzende Nichteigentümer den Besitz der Sache dem Eigentümer, dessen Eigentumsanspruch bereits verjährt ist, vermacht, oder wenn der Käufer den Besitz des ihm vom Verkäufer bereits übergebenen aber noch nicht aufgelassenen Grundstücks und in Verbindung damit zugleich seine Ansprüche aus dem Kaufvertrag einem Dritten vermacht.

Viel häufiger sind die Fälle der zweiten Art, das sind Fälle,

---

15) Hierbei ist folgendes zu beachten: 1. Es gibt Fälle, in denen die Vereinigung von Recht und Belastung in einer Person überhaupt nicht erlöschend wirkt; vgl. §§ 889, 1063, 1068, 1256, 1273. 2. Im Falle der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses (etwas anders im Falle des § 1991) gelten die an den Erbfall grundsätzlich geknüpften Konfusionswirkungen schon nach § 1976 als nicht eingetreten. Vgl. ferner den schon weiter oben § 28a I a. E. besprochenen § 2143. 3. In den durch die Vorschrift des § 2175 gedeckten Fällen gilt die Erlöschung durch Vereinigung *nur in Ansehung des Vermächtnisses* als nicht erfolgt. Soweit das Vermächtnis nicht in Betracht kommt (man denke etwa an den Fall, daß der Erblasser nur einen Bruchteil der ihm gegen den Erben zustehenden Forderung vermacht hat), bleibt es bei der Konfusionswirkung. In Ansehung des Vermächtnisses aber ist die Konfusionswirkung nicht nur dem beschwerten Erben, sondern *auch Dritten gegenüber* als eine nicht eingetretene zu behandeln. Dies wird z. B. wichtig, wenn für die vermachte Forderung, deren Schuldner der Erbe ist, ein Bürge oder die dem Dritten gehörende Sache als Pfand haftet. Vgl. auch *Kretschmar*: Theorie der Konfusion S. 248 ff.

16) Vgl. auch *Boehm* S. 154 und *Planck-Ritgen* Erl. 3 zu § 2175, die sich mit Recht auf den Grundgedanken des § 2165 berufen.

Digitized by Google

bei denen der Erblasser eine von ihm besessene, aber ihm nicht gehörende Sache als eine ihm gehörende vermacht hat. Wird dieser Sachverhalt später, sei es vor, sei es nach der Erfüllung des vom Vermächtnisnehmer gestellten Anspruchs festgestellt, so reicht doch dies allein noch nicht aus, um das Vermächtnis als gänzlich unwirksam erscheinen zu lassen.[17]) Denn bei der vorausgesetzten Sachlage gilt im Zweifel der Besitz als vermacht, „es sei denn, daß er dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil[18]) gewährt" (§ 2169 Abs. 2).

Ist der wirkliche Sachverhalt vor der Übergabe der Sache durch den Erben an den Bedachten nicht bekannt geworden, so kann es leicht vorkommen, daß der letztere an der Sache auf Grund der Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten,[19]) das Eigentum doch erwirbt. Dem hierdurch benachteiligten bisherigen Eigentümer der Sache wird aber dann gegen den Bedachten nach Maßgabe des § 816 Abs. 1 Satz 2 ein Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zustehen.

II. Wer mit einem zur Erbschaft gehörenden bestimmten Gegenstand bedacht ist, kann vom Beschwerten die Herausgabe der seit dem

---

[17]) Viel zu weitgehend ist es jedoch, wenn Endemann III § 69 Anm. 16 behauptet, daß die vermachte Sache, dafern sie sich nur tatsächlich im Nachlaß befindet, dem Bedachten ohne weiteres auszuhändigen sei und daß es dem dritten Eigentümer überlassen bleibe, sein Recht gegen den Vermächtnisnehmer geltend zu machen. Weiß der Erbe z. B., daß eine Sache, die der Erblasser als eine ihm gehörende vermacht hat, diesem von einem Dritten nur leihweise überlassen war, so kann er dies dem Bedachten gegenüber mit Erfolg geltend machen. Selbst die Auslieferung des Besitzes an den Bedachten kann ihm hier nicht zugemutet werden, da er sich hierdurch dem Verleiher gegenüber schadensersatzpflichtig machen würde.

[18]) Fälle, in denen der Besitz dem Bedachten gar keinen rechtlichen Vorteil gewähren würde, gibt es übrigens nicht. Denn wie beschaffen der Besitz auch sein mag, so knüpfen sich an ihn doch immer gewisse, für den Besitzer vorteilhafte Rechtsfolgen. Wohl aber gibt es Fälle, in denen die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses als Vermächtnis des bloßen Besitzes keinen praktischen Sinn hätte; an sie hat man also hier zu denken.

[19]) Greifen diese Vorschriften nicht ein, und kommt es also trotz der vorgenommenen Übertragungshandlung nicht zum Erwerb der Sache durch den Vermächtnisnehmer, so steht dem letzteren unter der Voraussetzung, daß kein Verschaffungsvermächtnis vorliegt, ein Gewährleistungsanspruch selbstverständlich nicht zu.

Digitized by Google

Anfall des Vermächtnisses[20]) gezogenen Früchte[21]) des Gegenstandes,[22]) sowie auch desjenigen verlangen, was der Beschwerte in anderer Weise auf Grund des vermachten Rechtes (man denke z. B. an den durch das Eigentum am vermachten Grundstück vermittelten Erwerb des Eigentums an einer Flußinsel, oder an der Hälfte eines im Grundstück gefundenen Schatzes) erlangt hat. Kann der Beschwerte dieser Herausgabepflicht nicht genügen,[23]) so haftet[24]) er im Falle eines von ihm zu vertretenden Umstandes auf Schadensersatz, sonst nach Maßgabe der erlangten Bereicherung. Für Nutzungen, die nicht zu den Früchten[25]) gehören (§ 100), hat der Beschwerte Ersatz nicht zu leisten und wegen schuldbar nicht gezogener Früchte ist der Beschwerte hinsichtlich der Zeit vor dem Eintritt des Leistungsverzugs (§ 286) oder der Rechtshängigkeit (§ 292) dem Bedachten nicht verantwortlich. Vgl. § 2184.

Ist der vermachte Gegenstand eine Sache, so erstreckt sich das Vermächtnis im Zweifel auch auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör sowie auf Ansprüche, die dem Erblasser wegen einer nach der Anordnung des Vermächtnisses erfolgten Beschädigung der Sache auf Ersatz der Wertminderung entstanden sind (§ 2164). Für die nach dem Erbfall auf die Sache gemachten Verwendungen[26])

---

[20]) Hier wird es von Belang, daß auf denjenigen Vermächtnisnehmer, welcher zur Zeit des Erbfalls zwar noch nicht geboren aber doch bereits erzeugt ist, hinsichtlich des Vermächtnisanfalls § 1923 Abs. 2 anzuwenden ist, während diese Vorschrift einem Bedachten, der erst nach dem Erbfall erzeugt ist, nicht zu statten kommt.

[21]) Hinsichtlich der Früchte wird übrigens im Falle des § 2181 anders zu entscheiden sein. Obschon hier der Anfall des Vermächtnisses schon vor der Fälligkeit desselben eintritt, so werden die bis zur Fälligkeit gezogenen Früchte doch dem Beschwerten verbleiben.

[22]) Darüber, welche Früchte als seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogen anzusehen sind, vgl. § 101, und über die Behandlung der [Fruchtgewinnungskosten § 102.

[23]) Der Beschwerte hat etwa die gezogenen Früchte für sich verbraucht.

[24]) Für die Gestaltung der Haftung ist es selbstverständlich von Erheblichkeit, ob der Beschwerte von dem bereits erfolgten Anfall des Vermächtnisses Kenntnis hatte oder wenigstens haben mußte. Unzutreffend Frommhold S. 184.

[25]) Der Beschwerte hat z. B. das vermachte Haus bewohnt.

[26]) Als Verwendungen können auch die Kosten eines Prozesses in Betracht kommen, den der Beschwerte über die vermachte Sache mit einem Dritten führen mußte (vgl. Motive V, S. 204).

Digitized by Google

sowie für nach diesem Zeitpunkte zur Bestreitung der Lasten der Sache gemachte Aufwendungen kann der Beschwerte von dem Bedachten nach den für das Verhältnis zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer geltenden Vorschriften[27]) Ersatz verlangen (§ 2185).

---

[27]) Vgl. §§ 994 bis 1003, ferner §§ 256 bis 258. Folgende Ergebnisse sollen besonders herausgestellt werden: 1. In betreff notwendiger Verwendungen ist zu unterscheiden, ob der Beschwerte sie vor der Rechtshängigkeit und ohne Kenntnis von dem bereits erfolgten oder doch bei Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses bevorstehenden Anfalls des Vermächtnisses gemacht hat, oder erst nach der Rechtshängigkeit bzw. nach der bezeichneten Kenntnis. Im ersten Falle kann der Beschwerte Ersatz schlechthin, im zweiten nur nach Maßgabe der Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Hierbei wird jedoch ein entgegenstehender Wille des Bedachten insoweit außer Betracht zu bleiben haben, als sich der Beschwerte durch Nichtvornahme einer notwendigen Aufwendung den Nachlaßgläubigern nach § 1978 haftbar machen würde, oder als die Vornahme derselben in Fällen, wo der künftige Eintritt des Vermächtnisanfalls im Ungewissen ist, durch das Eigeninteresse des Beschwerten geboten ist (positiv ausgesprochen ist dies im Gesetz freilich nicht, allein für das Gesagte spricht das Wesen der Sache). Für andere als notwendige Verwendungen kann der Beschwerte Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem vorhin bezeichneten Zeitpunkte gemacht sind und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Bedachte die Sache erhält (§ 996). Etwas anders Meischeider S. 384, Wilke S. 188, Planck-Ritgen Erl. 2 a, b zu § 2185. Soweit nach obigem die Kenntnis des Beschwerten in Betracht kommt, hält Meischeider die Kenntnis von der Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs, Wilke mit Rücksicht auf die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung die Kenntnis von dem Umstande, daß die Sache dem Bedachten wirklich herauszugeben sein werde, und Planck-Ritgen die Kenntnis von dem Vermächtnisanfall für maßgebend. Gegen alle vorgenannten Schriftsteller ist aber zu bemerken, daß der Beschwerte offenbar auch schon dann mit der Möglichkeit der ihn treffenden Herausgabepflicht rechnen muß, wenn er auch nur die im Eingang bezeichnete Kenntnis hat. Die von der hier dargelegten Auffassung abweichenden Ansichten erweisen sich besonders dann als bedenklich, wenn der Beschwerte, nachdem er bereits die hier als maßgebend bezeichnete Kenntnis hat, werterhöhende, aber nicht notwendige Aufwendungen auf den vermachten Gegenstand macht, zu deren Ersatz der Bedachte nicht im stande ist (vgl. übrigens auch §§ 347, 820, 2125). 2. Hinsichtlich derjenigen Zeit, für welche dem Beschwerten die Nutzungen verbleiben (vgl. §§ 994 Abs. 1 Satz 2, 995 Satz 2, 256 Satz 2), wird mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2184 unter Umständen unterschieden werden müssen, ob Aufwendungen zum Zwecke der Gewinnung von an den Bedachten herauszugebenden Früchten oder zum Zwecke des bloßen Gebrauchs, für den der Beschwerte dem Bedachten nicht Ersatz zu leisten hat, gemacht worden sind. Nicht für zutreffend dürfte es aber zu erachten sein,

Digitized by Google

III. 1. Ist der vermachte Gegenstand belastet (sei es auch mit einem Nießbrauch, oder einem Pfandrecht, oder einer Hypothek, Grund-, Rentenschuld), so kann der Vermächtnisnehmer im Zweifel Beseitigung der Last nicht[28]) beanspruchen; ein dem Erblasser zustehender Anspruch auf Beseitigung gilt jedoch im Zweifel als mitvermacht (§ 2165 Abs. 1).

Ruht auf einem vermachten Grundstück eine dem Erblasser selbst zustehende Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so entsteht die

---

wenn Planck-Ritgen Erl. 2d zu § 2185 behauptet, daß der Beschwerte die Kosten der Fütterung eines vermachten Luxustiers solange zu tragen hat, bis er den Bedachten in Verzug der Annahme versetzt hat oder aber seinerseits in Verzug gerät. § 2184 Satz 2 sagt nur, daß der Beschwerte für Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören, nicht Ersatz zu leisten hat. Infolgedessen entfällt sicherlich jeder Anspruch des Beschwerten auf Ersatz solcher Verwendungen, die er nur zum Zwecke seines Gebrauchs gemacht hat. Soweit dagegen der Gebrauch der vermachten Sache für den Vermächtnisnehmer praktisch gar nicht in Betracht kommt und von diesem Auslagen wie z. B. die Fütterungskosten des Luxustiers nur gemacht werden, auf daß dem Bedachten geleistet werden kann, ist ein Anspruch auf Auslagenersatz durch Satz 2 von § 2184 doch wohl nicht ausgeschlossen. 3. Ist ein Nacherbe oder ein Vermächtnisnehmer mit dem Vermächtnis beschwert, so kann er vom Bedachten auch Ersatz der Verwendungen des Vorbesitzers (d. i. des Vorerben, bezw. des Erben) in demselben Umfang verlangen, wie der Vorbesitzer es könnte, wenn er die Sache an den Bedachten herauszugeben hätte. Vgl. § 999 Abs. 1, dessen Anwendung auf den Fall, wo als Vorbesitzer des beschwerten Nacherben der Vorerbe in Betracht kommt, deshalb noch nicht ausgeschlossen ist, weil der Nacherbe Rechtsnachfolger im technischen Sinne des Vorerben nicht ist. 4. In betreff der Durchsetzung des Anspruchs auf Ersatz der Verwendungen vgl. besonders §§ 1000 bis 1003.

[28]) Nach römischem Rechte ist der Beschwerte im Zweifel verpflichtet, die vermachte Sache dem Vermächtnisnehmer frei von Nießbrauch und Pfandrechten zu gewähren. Allein der Absicht eines heutigen Erblassers entspricht dies im allgemeinen sicherlich nicht. Aus den besonderen Umständen kann sich aber doch eine von der im Texte erwähnten abweichende Entscheidung ergeben. Beispiel: Der Erblasser hat die vermachte Sache einem Werkmeister zur Reparatur übergeben; infolgedessen hat dieser an der Sache das im § 647 bestimmte gesetzliche Pfandrecht. Bei solcher Lage ist aber doch wohl anzunehmen, daß die Sache dem Bedachten als eine pfandfreie zukommen soll. Ebenso wird zu entscheiden sein, wenn die vermachte Sache dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters nach § 559 unterliegt. Haftet ferner ein Grundstück für aus der Zeit vor dem Erbfall herrührende Rückstände von Zinsen oder sonstige wiederkehrende Leistungen, so werden überwiegende Gründe meist dafür sprechen, daß der Beschwerte die Sache von der Last zu befreien habe.

Digitized by Google

Frage, ob sich das Vermächtnis auch auf dieses Recht miterstreckt. Das Gesetz vermeidet hier die Aufstellung einer Auslegungsregel. Die Entscheidung ist also nach Maßgabe der Umstände, die in der Tat sehr verschieden sein können,[29]) zu treffen (§ 2165 Abs. 2).

2. Besteht die Belastung des vermachten Gegenstandes in einem Pfandrechte (im Gegensatz zur Hypothek), so hat der Bedachte in Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Erblassers mit dieser Last nicht ohne weiteres auch die persönliche Schuld[30]) zu tragen.

3. Anders entscheidet jedoch das Gesetz, wenn das vermachte Grundstück mit einer Hypothek für eine Schuld des Erblassers oder doch für eine Schuld belastet ist, für deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber aufzukommen hat. Hier ist der Vermächtnisnehmer — mit Ausnahme des Falles, daß die das vermachte Grundstück belastende Hypothek eine Maximalhypothek im Sinne des § 1190 ist — im Zweifel dem Erben gegenüber[31]) zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird (§ 2166). Diese Behandlung rechtfertigt sich durch die Erwägung,[32]) daß hypothekarisch sichergestellte Kapitalien nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als Lasten angesehen werden, die normaler Weise aus den Mitteln des Grundstücks nicht nur verzinst, sondern auch amortisiert werden sollen. Bei Maximalhypotheken verhält es sich deswegen anders, weil sie gar nicht zum Zwecke einer Kapitalsanlage bestellt werden, und daraus erklärt sich daher auch die im Gesetz

---

[29]) Fehlt es übrigens an einem besonderen Grunde für die Erstreckung des Vermächtnisses auf die Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld des Eigentümers, so wird man sich gegen sie zu entscheiden haben. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2165.

[30]) Daher kein Rückgriff des persönlich haftenden Erben, der den Pfandgläubiger befriedigt hat, gegen den infolgedessen vom Pfandrecht befreiten Vermächtnisnehmer. Ist die Befriedigung des Pfandgläubigers dagegen durch den Vermächtnisnehmer erfolgt, so kann dieser die nach Maßgabe des § 1249 auf ihn übergegangene Forderung gegen den persönlich haftenden Erben geltend machen.

[31]) Von einer persönlichen Haftung des Vermächtnisnehmers dem Gläubiger gegenüber ist also keine Rede.

[32]) Ein Ausfluß desselben Gedankens ist es, daß der Nießbraucher eines Grundstücks für die Zeit des Nießbrauchs dem Eigentümer gegenüber die Zinsen der Hypothekenforderungen zu tragen hat (§ 1047).

Digitized by Google

bezüglich dieser Art von Hypotheken gemachte Ausnahme.[33]) Die sonst stattfindende Abwälzung der Hypothekenschuld auf den Vermächtnisnehmer gestaltet sich im einzelnen folgendermaßen: Der Vermächtnisnehmer haftet dem Erben gegenüber in dem erst noch genauer zu bestimmenden Umfange für die Befriedigung des Hypothekengläubigers so, als ob er sich zu dieser Befriedigung durch sogenannte Erfüllungsübernahme (§ 329) vertragsmäßig verpflichtet hätte. Der für den Umfang der Haftung zunächst maßgebende Wert des Grundstücks bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher das Eigentum auf den Vermächtnisnehmer übergeht,[34]) und in der Weise, daß Belastungen, die der Hypothek im Range vorgehen,[35]) vorher[36]) abgezogen werden (§ 2166 Abs. 1 a. E.).

Die praktischen Ergebnisse dieser Behandlungsweise sollen an einem Falle, bei dem der Einfachheit wegen von der Hypothek im Range vorgehenden Belastungen abgesehen wird, scharf herausgestellt werden: Der Bedachte nimmt das Vermächtnis eines, mit einer Hypothek von 10000 belasteten Grundstücks an. Der für die Zeit

---

[33]) Die Regel des § 2165 Abs. 1 Satz 1 gilt trotzdem auch für die Maximalhypothek.

[34]) Ein späteres Steigen oder Sinken des Grundstückswertes bleibt außer Betracht.

[35]) Auch in betreff dieser Belastungen scheint die Zeit des Eigentumsübergangs auf den Vermächtnisnehmer maßgebend zu sein. Dies ist insofern erheblich, als Belastungen in der Zeit vom Erbfall bis zum Übergang des Eigentums am Grundstück weggefallen sein können, so z. B. dadurch, daß ein Gesamthypothekar, dessen hypothekarisches Recht sich auch auf das vermachte Grundstück erstreckt, hinsichtlich dieses Grundstücks auf die Hypothek verzichtet hat (vgl. § 1175 Abs. 1 Satz 2).

[36]) Wie verhält es sich, wenn die der Hypothek im Range vorhergehende Belastung eine Maximalhypothek im Sinne des § 1190 ist und wenn in den Rahmen derselben eine den Höchstbetrag erreichende Forderung gegen den Erblasser fällt? Mit Rücksicht darauf, daß der Vermächtnisnehmer die Last dieser Forderung nicht zu tragen hat (§ 2166 Abs. 3), wird man sich dafür zu entscheiden haben, daß der im Texte erwähnte Vorabzug hier nicht stattfindet. Zweifelhaft kann die Entscheidung auch werden, wenn einerseits in den Rahmen der Maximalhypothek fallende Forderungen gar nicht vorhanden sind und auch nicht mehr entstehen können, und wenn andererseits anzunehmen ist, daß die sich hieraus ergebende Eigentümergrundschuld als dem Vermächtnisnehmer mitvermacht gelten soll. Man wird es unter Umständen auch hier als dem Willen des Erblassers entsprechend ansehen dürfen, daß eine solche Belastung als Abzugspost nicht in Betracht kommen soll.

Digitized by Google

des Eigentumsübergangs auf den Vermächtnisnehmer ermittelte Schätzwert des Grundstücks beläuft sich auf 9500. Bei der einige Zeit darauf auf Veranlassung des Hypothekengläubigers erfolgenden Zwangsversteigerung wird aber das Grundstück für 10500 zugeschlagen, so daß der Gläubiger nicht nur vollständig befriedigt wird, sondern auch dem Vermächtnisnehmer noch ein Rest verbleibt. Trotzdem kommt hier dem Vermächtnisnehmer, weil er den Gläubiger in höherem Maße, als er dazu dem Erben gegenüber verpflichtet war, befriedigt hat, gegen den letzteren ein Regreßanspruch von 500 zu. Hat ferner unter sonst gleichen Verhältnissen der Erbe in seiner Eigenschaft als persönlicher Schuldner den Gläubiger befriedigt, so geht die Hypothek des letzteren nicht mit dem vollen Betrage von 10000, sondern nur im Betrage von 9500 auf ihn über (vgl. § 1164).

Für den Umfang der uns hier beschäftigenden Haftung des Vermächtnisnehmers ist aber noch ein anderer Umstand von Belang. Es ist nämlich denkbar, daß bezüglich der Hypothekenschuld, welche der Vermächtnisnehmer dem eben Gesagten zufolge zu tragen haben würde, ein Dritter aus irgend einem Grunde schon dem Erblasser gegenüber liberierungspflichtig war und es daher jetzt dem Erben gegenüber ist. Hier soll (§ 2166 Abs. 2) der Vermächtnisnehmer dem Erben gegenüber zur Befriedigung des Hypothekengläubigers nur insoweit verpflichtet sein, als der Erbe die Berichtigung der Schuld nicht von dem Dritten erlangen kann. Erfolgt in einem so gearteten Falle die Befriedigung des Gläubigers zunächst durch den Erben, so kann dieser also seinen Rückgriff gegen den Vermächtnisnehmer nur insoweit nehmen, als der Rückgriff gegen den Dritten ihm versagt ist oder doch erfolglos bleibt. Sieht sich dagegen der Vermächtnisnehmer zur Befriedigung des Gläubigers genötigt, so muß er sich vom Erben durch Abtretung des diesem gegen den Dritten zukommenden Regreßanspruchs abfinden lassen.

Die das vermachte Grundstück belastende Hypothek kann auch eine Gesamthypothek sein; gehören hier die mithaftenden Grundstücke gleichfalls zur Erbschaft,[37]) so beschränkt sich die im § 2166 bestimmte

[37]) Gehören sie nicht zur Erbschaft, so wird unterschieden werden müssen: 1. Der Erblasser haftet dem Hypothekengläubiger auch persönlich. Dann wird der Vermächtnisnehmer gegenüber dem Erben, auf den die persönliche Verpflichtung des Erblassers übergegangen ist, nach Maßgabe von § 2166 Abs. 1 liberierungspflichtig sein, soweit aber die Eigentümer der zum Nachlaß nicht

Digitized by Google

Verpflichtung des Vermächtnisnehmers zum Tragen der Hypothekenschuld auf den dem Verhältnisse des Wertes des vermachten Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke[38]) entsprechenden Teil (§ 2167).

Die soeben erörterten Fragen können in ähnlicher Weise auch praktisch werden, wenn das vermachte Grundstück mit einer Grundschuld oder Rentenschuld belastet ist. Zunächst schon wegen der Möglichkeit, daß es sich um eine Grund- oder Rentenschuld handelt, bezüglich welcher der Erblasser auch eine persönliche Verpflichtung übernommen hatte. Dann wird das früher hinsichtlich der Hypothekenschuld Gesagte auch hier zu gelten haben.

Allein ganz abgesehen hiervon entstehen den in § 2167 beantworteten ganz analoge Fragen auch dann, wenn das vermachte Grundstück mit einer Gesamtgrundschuld oder einer Gesamtrentenschuld belastet ist. Gehören auch die mitbelasteten Grundstücke zur Erbschaft, so bestimmt sich das Verhältnis, in dem der Vermächtnisnehmer und der Erbe die Belastung untereinander zu tragen haben, nach dem in gleicher Weise wie im Falle des § 2167 zu ermittelnden Verhältnis des Wertes des vermachten Grundstücks zu dem Werte sämtlicher Grundstücke (§ 2168 Abs. 1). Ist neben dem vermachten Grundstück ein nicht zur Erbschaft gehörendes Grundstück mit einer Gesamtgrundschuld oder einer Gesamtrentenschuld belastet, so kann zwischen dem Erblasser und dem dritten Eigentümer doch ein Rechtsverhältnis bestehen, kraft dessen der erstere dem letzteren gegenüber zur vollständigen oder teilweisen Befriedigung des

---

gehörenden Grundstücke dem Erblasser bzw. dem Erben gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet sind, nur nach Maßgabe des § 2166 Abs. 2. 2. Eine persönliche Verpflichtung des Erblassers gegenüber dem Gläubiger war nicht vorhanden. Dann kann von einer Liberierungspflicht des Vermächtnisnehmers im Sinne von Z. 1 nicht die Rede sein. Dabei muß aber doch wieder mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß der Erblasser, obschon er dem Gläubiger persönlich nicht haftet, doch dem dritten Eigentümer gegenüber zur Liberierung verpflichtet ist. Soweit das zutrifft, ist dann wieder eine Liberierungspflicht des Vermächtnisnehmers gegenüber dem Erben anzunehmen (vgl. auch § 2168 Abs. 2). Auf weitere Kombinationen soll hier nicht eingegangen werden.

[38]) Für die Abschätzung des Wertes der übrigen Grundstücke kann selbstverständlich nicht eine andere Zeit maßgebend sein als für die Bewertung des vermachten Grundstücks.

Digitized by Google

Gläubigers verpflichtet ist. Soweit dies zutrifft, aber nicht über das aus § 2166 Abs. 1 (vgl. insbesondere auch Satz 1 a. E.) sich ergebende Maß hinaus,[39]) ist dann der Vermächtnisnehmer dem Erben gegenüber liberierungspflichtig (§ 2168 Abs. 2).

IV. Hinsichtlich des Falles, daß der vermachte Gegenstand vom Erblasser vermietet oder verpachtet worden ist, enthält das Gesetz eine besondere Bestimmung nicht. Man hat also nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden und gelangt hierbei zu folgenden Ergebnissen:

1. War das vermachte Grundstück dem Mieter oder Pächter zur Zeit des Erbfalls bereits überlassen, so ist der Vermächtnisnehmer, auch nachdem er Eigentümer des Grundstücks geworden ist, nach Maßgabe des § 571 an den Miet- oder Pachtvertrag gebunden. Die vom Erblasser hinsichtlich des erst fällig werdenden Miet- oder Pachtzinses getroffenen Verfügungen muß aber der Vermächtnisnehmer schlechthin (anders die hier nicht anwendbare Bestimmung des § 573) gegen sich gelten lassen.

2. Befindet sich die vermietete bewegliche Sache zur Zeit des Erbfalls bereits im Besitz des Mieters, so erfolgt die Übertragung der vermachten Sache an den Vermächtnisnehmer nach der Vorschrift des § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Infolgedessen kann daher auch der Mieter dem die Herausgabe der Sache verlangenden Vermächtnisnehmer gegenüber seinen Anspruch auf das Verbleiben im Besitz kraft Mietrechts mit Erfolg entgegensetzen (§ 986 Abs. 2).

3. Liegen die Voraussetzungen unter Z. 1 und 2 nicht vor, so wird der Erbe dem Vermächtnisnehmer gegenüber regelmäßig darauf bestehen können, daß dieser den vom Erblasser hinsichtlich des vermachten Gegenstandes geschlossenen Miet- oder Pachtvertrag gegen sich gelten lasse und daher auch in die Überlassung des Gegenstandes an den Mieter oder Pächter einwillige.

---

[39]) Planck-Ritgen Erl. a zu § 2168 macht darauf aufmerksam, daß der ganze Abs. 1 von § 2166 nur im Abs. 2, nicht auch im Abs. 1 von § 2168 berufen ist. Trotzdem ist nicht daran zu zweifeln (vgl. auch Planck-Ritgen selbst), daß die Liberierungspflicht des Vermächtnisnehmers auch im Falle des Abs. 1 von § 2168 über das durch § 2166 Abs. 1 a. E. bestimmte Maß keinesfalls hinausgeht.

Digitized by Google

b) Das Verschaffungsvermächtnis.

§ 34.

I. Die Geltung der nur im Zweifel anzuwendenden Regel, daß das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes nur insoweit wirksam ist, als der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls zum Nachlaß gehört, entfällt, wenn erhellt, daß der Erblasser den von ihm bezeichneten Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zuwenden wollte, daß er nicht zur Erbschaft gehört. Es liegt dann ein sogenanntes Verschaffungsvermächtnis d. h. ein Vermächtnis vor, zufolgedessen der Beschwerte verpflichtet ist, den vermachten Gegenstand, obschon dieser zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft, sondern dem Beschwerten oder einem Dritten gehört, dem Bedachten zu verschaffen (§ 2170 Abs. 1). Die auf Anordnung eines Verschaffungsvermächtnisses gerichtete Absicht braucht vom Erblasser nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein; sie kann sich auch aus den Umständen ergeben und wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn erhellt, daß der Erblasser die Nichtzugehörigkeit des vermachten Gegenstandes zu seinem Vermögen kannte und auch mit der Möglichkeit eines späteren Erwerbs desselben gar nicht rechnete.

II. Der mit einem Verschaffungsvermächtnis Beschwerte ist, abgesehen von der gleich zu erwähnenden Ausnahme, im Zweifel verpflichtet, den vermachten Gegenstand dem Bedachten dem Rechte nach so zu gewähren, wie dies dem Verkäufer eines Gegenstandes gegenüber dem Käufer obliegt, und, wenn das vermachte Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, dem Bedachten diese Sache auch zu übergeben.[1]) Ist jedoch ein Grundstück Gegenstand des Verschaffungs-

[1]) Vgl. die im § 2182 berufenen Bestimmungen der §§ 433 Abs. 1, 434 bis 437, 440 Abs. 2 bis 4, 441 bis 444, dazu aber auch die aus § 2182 Abs. 2 bzw. § 2170 (vgl. im Texte III) sich ergebende Einschränkung. Die Übertragung der bezeichneten kaufrechtlichen Vorschriften auf das Verschaffungsvermächtnis gestaltet sich im allgemeinen einfach. Einige Unsicherheit besteht nur darüber, wie es sich mit der Anwendung des § 437 (dem zufolge der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes haftet, und der Verkäufer eines Wertpapiers auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist) verhält (vgl. dazu die nicht ganz einwandfreien Ausführungen von Wilke S. 177 und Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2182). Hierüber folgendes: 1. Ein Verschaffungsvermächtnis liegt auch dann vor, wenn dem Bedachten

Digitized by Google

vermächtnisses, so haftet der Beschwerte im Zweifel nicht[2]) für die Freiheit des Grundstücks von Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten (§ 2182 Abs. 2, 3). Eine den kaufrechtlichen Vorschriften der § 459 ff. entsprechende Pflicht zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache trifft den mit einem Verschaffungsvermächtnis Beschwerten nicht.

III. Ist der Beschwerte vollständig oder teilweise außer stande,[3])

---

durch den Beschwerten eine erst noch zu begründende Forderung gegen einen bestimmten Dritten (z. B. ein Wechselakzept) oder ein bestimmtes Recht an einem nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstand verschafft werden soll. Die Behandlung von Fällen solcher Art bereitet keine Schwierigkeit. Soll aber der Beschwerte dem Bedachten nach der Anordnung des Erblassers ein von diesem als einem Dritten zustehend vorausgesetztes, in Wahrheit aber nicht bestehendes Recht verschaffen (z. B. ein als verkäuflich angebotenes, aber nicht zu Recht bestehendes Erbbaurecht), so wird der Beschwerte im Sinne des § 437 Abs. 1 dem Bedachten gegenüber in gleicher Weise verschaffungspflichtig sein, wie er es sein würde, wenn das vorausgesetzte Recht in der Person des Dritten bereits vorhanden wäre, und im Falle des Unvermögens zur Leistung dem Bedachten zwar nicht das Interesse, aber nach § 2170 Abs. 2 den Wert entrichten müssen. 2. Es soll angenommen werden, daß der Beschwerte dem Bedachten ein bestimmtes, einem Dritten gehörendes Wertpapier zu verschaffen habe. Hier wird der Beschwerte, wenn er ganz sicher gehen will, vor der Anschaffung des Papiers sich zu vergewissern haben, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist. Bringt er in Erfahrung, daß das Aufgebot bereits stattgefunden hat, so wird er den Erwerb zu unterlassen und dem Bedachten nach § 2170 Abs. 2 den Wert, den das Papier abgesehen von dem bereits erfolgten Aufgebot hat, zu leisten haben. Soweit den Beschwerten aber beim Erwerb des Papiers kein Verschulden trifft, dürfte sich der Bedachte mit Rücksicht darauf, daß ihm nicht ein Käufer, sondern ein Vermächtnisbeschwerter gegenübersteht, damit begnügen müssen, daß ihm außer dem Papier auch noch der Anspruch des Beschwerten gegen den Verkäufer (nach § 437 Abs. 2) überlassen wird. Kommt es zum Aufgebot des Papiers erst, nachdem der Beschwerte das Papier zum Zwecke der Leistung an den Bedachten an sich gebracht hat, so wird eine Haftung des Beschwerten nur nach Maßgabe des § 275 anzunehmen sein. Einer freien Behandlung der in Betracht kommenden Einzelfälle soll übrigens durch das hier Gesagte in keiner Weise vorgegriffen werden.

[2]) Im übrigen kommen auch hier die kaufrechtlichen Vorschriften (vgl. Anm. 1) zur Anwendung. Der Beschwerte hat daher das Grundstück dem Bedachten im Zweifel frei von Nießbrauch, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Vorkaufsrechten zu verschaffen und er hat zu Unrecht bestehende Bucheinträge nach Maßgabe des § 435 Abs. 1 auf seine Kosten zur Löschung zu bringen.

[3]) Vgl. Kleineidam S. 71.

Digitized by Google

seiner Verschaffungspflicht zu entsprechen, liegt also Unvermögen zur Leistung (sogenannte subjektive Unmöglichkeit) vor, so hat er den Wert[4]) des Gegenstandes bzw. einen entsprechenden Teil dieses Wertes zu entrichten;[5]) erfordert aber die mögliche[6]) Verschaffung unverhältnismäßige Aufwendungen, so kann sich der Beschwerte von seiner Verschaffungspflicht durch Entrichtung des Wertes bzw. des entsprechenden Wertanteils befreien (§ 2170 Abs. 2).

Einige Beachtung verdient jetzt noch der Fall, daß der Gegenstand, welchen der Beschwerte dem Bedachten verschaffen soll, dem letzteren zu der Zeit, welche nach § 2171 für die Beurteilung der Frage der Unwirksamkeit des Vermächtnisses wegen Unmöglichkeit der Leistung maßgebend ist, bereits gehört. Dann ist die vom Erblasser gewollte Verschaffung des vermachten Gegenstandes selbst (objektiv) unmöglich, und das Vermächtnis daher insoweit unwirksam. Viel zu weit gehend wäre es aber, wenn man das Vermächtnis in solchem Falle ohne weiteres als völlig unwirksam behandeln wollte. Soweit der Beschwerte den vermachten Gegenstand, falls dieser dem Bedachten noch nicht gehörte, dem letzteren als einen von Belastungen freien zu verschaffen hätte, wird er den Gegenstand von den Belastungen auch zu befreien haben, wenn der Gegenstand dem Bedachten gehört.[7])

---

[4]) Nicht das Interesse.

[5]) Ist die Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes für den Beschwerten einmal begründet, so wird sie dadurch nicht mehr aufgehoben, daß die Leistung des Gegenstandes selbst hinterher auch objektiv unmöglich wird.

[6]) Geht hier der Gegenstand des Verschaffungsvermächtnisses *nach* dem Vermächtnisanfall infolge eines von dem Beschwerten nicht zu vertretenden Umstandes unter, so wird der Beschwerte nach § 275 Abs. 1 von der Verpflichtung zur Leistung frei. Ist an Stelle des ganz oder teilweise untergegangenen Gegenstandes ein Surrogat getreten, so greift Abs. 3 von § 2169 selbstverständlich *nicht* ein; dafür kommt dem Vermächtnisnehmer aber in diesem Falle die Vorschrift des § 281 Abs. 1 zu statten. Von einer Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes kann dagegen keine Rede sein, da auf seiten des Beschwerten nur sogenannte facultas alternativa vorliegt. Soweit aber der Beschwerte bereits befreit ist, spielt auch die facultas alternativa keine Rolle mehr.

[7]) Einige Vorsicht ist jedoch hinsichtlich derjenigen Belastungen geboten, welche der Bedachte selbst *nach* dem Erwerb des Gegenstandes auf ihn gelegt hat. Die Würdigung der Umstände wird hier meist dahin führen, daß der Beschwerte den Bedachten von *diesen* Belastungen nicht zu befreien hat.

Digitized by Google

Es ist sodann möglich, daß der vermachte Gegenstand dem Bedachten nur für eine begrenzte Zeit gehört, oder daß der Bedachte zur Veräußerung des ihm gehörenden Gegenstandes verpflichtet ist. Ersterenfalls wird im Zweifel anzunehmen sein, daß der Beschwerte die dem Rechte des Bedachten anhaftende zeitliche Schranke zu beseitigen hat, und im zweiten Falle wird man es wenigstens unter Umständen als dem Willen des Erblassers entsprechend halten dürfen, daß der Beschwerte den Bedachten von der Veräußerungspflicht befreie.

Allein ganz abgesehen von den bisher erwähnten Möglichkeiten entsteht, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses zur angegebenen Zeit dem Bedachten gehört, die allgemeinere Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Beschwerte dem Bedachten den Wert des Gegenstandes zu leisten hat? Das Gesetz gibt eine Antwort hierauf nicht; diese muß also durch sachliche Erwägung erst gefunden werden. Hierbei gelangt man zu verschiedenen Ergebnissen, je nachdem der Bedachte den ihm vermachten Gegenstand entgeltlich oder unentgeltlich an sich gebracht hat.[8]). Im ersten Falle wird man es,

---

[8]) Insofern ist die römische Lehre vom concursus duarum causarum lucrativarum [vgl. über sie besonders G. Hartmann: Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau (1875), S. 7 ff. und Salkowski in Glücks Pandektenkommentar Bd. 49 S. 122 ff.] auch für das BGB. verwertbar. Anders freilich Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (1898), S. 225, 321. Er lehnt die Lehre vom concursus d. c. l. vollständig ab und will in allen einschlagenden Fällen lediglich die Vorschriften des BGB. über den Einfluß einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung auf die Verpflichtung des Schuldners (vgl. besonders § 275 und §§ 323 bis 325) zur Anwendung gebracht wissen. Hierbei übersieht St. jedoch, obschon er § 6 I. 2. 20 selbst heranzieht, die Eigentümlichkeit des in dieser Stelle behandelten Falles. Si res aliena legata fuerit — so heißt es in § 6 cit. — et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa vel ex donatione vel ex alia simili causa agere non potest. Um den Einfluß des nachträglichen Erwerbs des vermachten Gegenstandes auf einen bereits bestehenden Vermächtnisanspruch handelt es sich also gar nicht, sondern vielmehr nur um die mit der im Texte aufgeworfenen im wesentlichen zusammenfallende Frage, ob ein Vermächtnisanspruch überhaupt entsteht und worauf er eventuell geht, wenn der mit einem Verschaffungsvermächtnis Bedachte den vermachten Gegenstand vivo testatore,

Digitized by Google

dafern sich dagegen nicht besondere Bedenken erheben, als dem Willen des Erblassers entsprechend ansehen dürfen, daß dem Bedachten der von ihm zum Zwecke des Erwerbs gemachte Aufwand ersetzt werde, aber doch wohl nicht über den Betrag hinaus, den der Beschwerte zum Zwecke der Verschaffung sonst hätte machen müssen. Im zweiten Falle wird dagegen das Vermächtnis regelmäßig deshalb als unwirksam anzusehen sein, weil die liberale Absicht des Erblassers, wenn auch ohne dessen Zutun, ihre vollständige Verwirklichung bereits gefunden hat.[9])

3. Vermächtnis von Rechten an Sachen oder an Rechten.

§ 34a.

I. Vermächtnisse dieses Inhalts können entweder auf Zuwendung eines bereits bestehenden Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte oder auf Neubegründung eines solchen Rechtes zu Gunsten des Vermächtnisnehmers gerichtet sein. Im ersten Falle kommen je nach den Umständen (vgl. besonders den auch hier maßgebenden § 2169) die Vorschriften über das Vermächtnis eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes oder die über das Verschaffungsvermächtnis zur Anwendung. Aber auch im zweiten Falle sind verschiedene Möglich-

---

d. i. zu einer Zeit, zu der von einem Vermächtnisanspruch noch gar keine Rede sein konnte, an sich gebracht hat. In dieser Beziehung dürfte aber die römische Entscheidung in aller Regel auch dem Willen eines heutigen Erblassers entsprechen. Wie bei allen auf Leistung eines individuell bestimmten Gegenstandes gerichteten Schuldverhältnissen, so kann es freilich auch bei einem Verschaffungsvermächtnis im Sinne des § 2169 vorkommen, daß der geschuldete Gegenstand, nachdem das Schuldverhältnis bereits entstanden ist, vom Gläubiger nicht durch Erfüllung, sondern in anderer Weise oneros oder lukrativ erworben wird. Bei der Beurteilung dieses Sachverhalts handelt es sich aber freilich nicht mehr um eine bloß vermächtnisrechtliche, sondern um eine allgemein obligationenrechtliche Frage, die aber doch wieder bei Vermächtnissen (und Schenkungen) freier zu behandeln ist als bei anderen Schuldverhältnissen. Man wird deshalb auch hier die Erwägungen zu berücksichtigen haben, aus welchen die Lehre vom concursus d. c. l. herausgewachsen ist. Vgl. auch Titze: Unmöglichkeit der Leistung (1900) S. 106, 107.

[9]) Die Absicht des Erblassers kann jedoch auch eine weitergehende und z. B. darauf gerichtet sein, daß dem Bedachten aus dem Nachlaß unter allen Umständen ein bestimmter Wert zukommen soll, zunächst in der Weise, daß dem Bedachten eine bestimmte Sache verschafft werde, eventuell aber durch Geldleistung.

Digitized by Google

keiten in Betracht zu ziehen. Ein solches Vermächtnis kann nämlich vom Erblasser möglicherweise nur für den Fall gewollt sein, daß die Sache oder das Recht, woran das Recht bestellt werden soll, zum Nachlaß gehört, oder auch für den Fall, daß das nicht zutrifft. Besondere Auslegungsregeln darüber, ob das eine oder das andere anzunehmen ist, stellt das Gesetz hier nicht auf.[1]) Trotzdem kann der Grundgedanke des § 2169 nicht unberücksichtigt bleiben. Im Zweifel wird man sich für die geringere Belastung des Beschwerten und somit dafür zu entscheiden haben, daß die Beschwerung nicht schlechthin nach den Grundsätzen des Verschaffungsvermächtnisses[2]) gewollt ist. Bei Beurteilung der Frage, ob die Sache oder das Recht, woran dem Bedachten ein Recht eingeräumt werden soll, als zur Erbschaft gehörend anzusehen ist, wird Absatz 4 von § 2169 entsprechend anzuwenden sein.[3]) Gehört diese Sache oder dieses Recht zur Zeit des Erbfalls zwar nicht zum Nachlaß, hatte aber der Erblasser zu dieser Zeit einen Anspruch auf Leistung der Sache bzw. Übertragung des Rechtes, so wird der Bedachte doch zum mindesten in entsprechender Anwendung des Abs. 3 von § 2169 verlangen können, daß der Beschwerte ihm das vermachte Recht an dem Anspruch gegen den Dritten bestelle.

II. Auch die Befreiung von einem dem Erblasser oder wohl auch dem Beschwerten oder einem Dritten an einer Sache oder einem Rechte des Bedachten zustehenden Rechte kann vermacht werden. Besondere Vorschriften gibt das Gesetz auch für solche Vermächtnisse nicht. Nach dem allgemeinen Grundsatz des § 2174 tritt jedoch die vermachte Befreiung keinesfalls von selbst ein, sondern erlangt der Bedachte gegen den Beschwerten infolge des Vermächtnisanfalls nur einen obligatorischen Anspruch auf Aufhebung des betreffenden Rechtes.

---

[1]) Es ist insbesondere klar, daß die im Texte behandelten Fälle durch § 2169 nicht unmittelbar getroffen werden.

[2]) Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2170 scheint ein Vermächtnis der bezeichneten Art immer in diesem Sinne auffassen zu wollen.

[3]) Es handelt sich hierbei um den Fall, daß der Erblasser hinsichtlich der Sache oder des Rechtes, woran das Recht des Bedachten bestellt werden soll, zur Veräußerung verpflichtet ist. Trifft dies zu, so ist das Vermächtnis des Rechtes in gleicher Weise zu behandeln, wie nach Abs. 1 von § 2169 das Vermächtnis eines zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehörenden bestimmten Gegenstandes.

Digitized by Google

4. Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache.

§ 35.

I. Eine den vermachten Gegenstand nur der Gattung nach bezeichnende Anordnung kann nicht allein hinsichtlich vertretbarer, sondern auch in betreff nicht vertretbarer Sachen stattfinden. Der wichtigste Fall der ersten Art ist das Vermächtnis einer bestimmten Geldsumme. Was der mit einem solchen Vermächtnis Beschwerte zu leisten hat, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 244, 245. Im übrigen gelten für das auf Leistung von Sachen[1]) gerichtete Gattungsvermächtnis folgende Grundsätze:

1. In Ermangelung einer die Auswahl aus der Gattung betreffenden Bestimmung des Erblassers hat der Beschwerte eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache[2]) zu leisten (§ 2155 Abs. 1). Der Erblasser kann aber die Bestimmung der Sache auch dem Bedachten oder einem Dritten[3]) überlassen; in diesem Falle hat der Beschwerte die durch den Bestimmungsberechtigten ordnungsmäßig bestimmte Sache zu leisten. Entspricht die von dem Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht,[4]) so entfällt jede weitere Ausübung des Bestimmungsrechtes, so zwar, daß der Beschwerte nunmehr so zu leisten hat, als ob der Erblasser in betreff der Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte (§ 2155 Abs. 3).

2. Hinsichtlich der Gewährung der geleisteten Sache dem Rechte nach treffen den Beschwerten dieselben Verpflichtungen wie einen

---

[1]) Für auf Leistung von Gegenständen, die nicht Sachen sind, gerichtete Gattungsvermächtnisse gibt das Gesetz Vorschriften nicht.

[2]) Hierin liegt eine Abweichung von der auf generische Obligationen sich beziehenden allgemeinen Bestimmung des § 243 Abs. 1. Doch kommt der letzteren für das Vermächtnisrecht wenigstens subsidiäre Bedeutung zu, so daß der mit dem Gattungsvermächtnis Beschwerte, wenn sich aus den Verhältnissen des Bedachten ein hinreichender Anhalt nicht ergibt, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten haben wird. Der Abs. 2 von § 243 ist für die auf Vermächtnis beruhenden generischen Obligationen ohne weiteres maßgebend.

[3]) In betreff der Bestimmung durch den Bedachten oder den Dritten kommen die auf den Fall, daß bei einem alternativen Vermächtnis die Wahl einem Dritten überlassen ist, sich beziehenden Vorschriften des § 2154 zur entsprechenden Anwendung (§ 2155 Abs. 2).

[4]) Daß dies der Fall ist, muß, wenn die Parteien nicht darüber einig sind, im Prozeßwege festgestellt werden.

Digitized by Google

Verkäufer nach Maßgabe der schon weiter oben § 34 Anm. 1 bezeichneten Vorschriften (§ 2182 Abs. 1). Die im § 2182 Abs. 2[5]) in Verbindung mit § 2170 Abs. 2 hinsichtlich des Verschaffungsvermächtnisses bestimmte Einschränkung der Haftung gilt jedoch für das Gattungsvermächtnis nicht.

3. Ist die geleistete Sache mangelhaft, so kann der Vermächtnisnehmer verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert werde; statt dessen kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung dann beanspruchen, wenn der Beschwerte den Fehler arglistig verschwiegen hatte (§ 2183).

II. Bei dem Vermächtnis eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes kann sich als Wille des Erblassers ergeben, daß die Auswahl nur aus den zur Erbschaft gehörenden Sachen der bezeichneten Gattung stattfinden solle.[6]) Die Beurteilung der hierher gehörenden Fälle hängt von den Umständen ab. Möglicherweise liegt hierbei nicht ein eigentliches Gattungsvermächtnis, sondern ein alternatives Vermächtnis vor, so z. B. wenn der Erblasser, zu dessen Nachlaß zwei Pferde gehören, eines seiner Pferde vermacht; möglicherweise aber auch ein Gattungsvermächtnis, bei dem die Gattung dadurch beschränkt ist, daß zu ihr nur Erbschaftssachen zu rechnen sind.

5. Wahlvermächtnis.

§ 36.

Der Erblasser kann ein Vermächtnis auch in der Weise anordnen, daß der Bedachte von mehreren individuell bestimmten oder nur der Gattung nach bestimmten Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll (§ 2154). Auf ein solches Vermächtnis finden im allgemeinen die Vorschriften der §§ 262 bis 265[1]) Anwendung. Dem-

---

[5]) Ein Gattungsvermächtnis, auf das Abs. 3 von § 2182 angewendet werden könnte, dürfte praktisch nicht vorkommen.

[6]) Frommhold S. 162 behauptet mit Unrecht, daß § 2155 das Vorhandensein der nur der Gattung nach bestimmten Sache im Nachlaß voraussetze.

[1]) Eine eingehende Erörterung der Lehre von der Alternativobligation gehört nicht hierher. Die bei der Anwendung des § 265 sich ergebenden Schwierigkeiten sollen jedoch nicht ganz verschwiegen werden. Beispiel: Ein Erblasser, der einige Zeit vor seinem Tode seinem Freunde F zwei Gemälde leihweise überlassen hatte, vermacht eines derselben dem F und räumt diesem

Digitized by Google

gemäß steht das Wahlrecht[2]) im Zweifel dem Beschwerten zu, es kann aber auch dem Bedachten oder einem Dritten eingeräumt sein. Die dem Beschwerten zukommende Wahl findet durch Erklärung gegenüber dem Bedachten, die Wahl des Bedachten oder des Dritten dagegen durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten statt (vgl. § 263 und hinsichtlich des wahlberechtigten Dritten § 2154 Abs. 1 Satz 2). Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über; daß die Wahl von ihm nicht getroffen werden kann, ist auch anzunehmen, wenn seine Erklärung innerhalb der auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgericht bestimmten Frist[3]) nicht erfolgt (§ 2154 Abs. 2).

---

auch das Wahlrecht ein. Es soll ferner angenommen werden, daß das eine dieser Gemälde ganz unzweifelhaft ein echter Holbein ist, im Werte von 50000 Mk., das zweite dagegen, wie sich später herausstellt, nur eine geschickte Imitation im Werte von 5000 Mk. Es sollen nun folgende Möglichkeiten ins Auge gefaßt werden: 1. Der echte Holbein ist schon *vor* dem nach § 2171 maßgebenden Zeitpunkte durch Verschulden des späteren Vermächtnisnehmers selbst, oder doch einer Person, für die er zu haften hat, verbrannt. Nach dem Wortlaut des § 265 scheint man hier zu dem Ergebnis gelangen zu müssen, daß die Imitation als vermacht zu gelten hat und daß der Vermächtnisnehmer dem Erben wegen des echten Holbein Schadensersatz leisten muß. Mit Rücksicht auf die bei Vermächtnissen zulässige freie Auslegung des Zuwendungswillens wird man aber doch wohl zu entscheiden haben, daß F, indem er für den verbrannten echten Holbein optiert, von jeder Haftung frei wird. 2. Der echte Holbein ist in der unter Z. 1 angegebenen Weise erst *nach* dem im § 2171 bezeichneten Zeitpunkt, aber noch vor der Ausübung des Wahlrechts verbrannt. Man wird mit Rücksicht auf den anzunehmenden Willen des Erblassers trotz des § 265 so zu entscheiden haben, wie unter Z. 1. 3. Der echte Holbein ist vor oder nach dem im § 2171 bezeichneten Zeitpunkt durch Verschulden eines Dritten verbrannt. Auf Grund derselben Erwägung wie unter Z. 1 und 2 wird man dem Bedachten — dafern sich nicht besondere Bedenken erheben — die Möglichkeit nicht versagen dürfen, sich dafür zu entscheiden, daß ihm der Anspruch gegen den Dritten abgetreten werde (vgl. auch § 2169 Abs. 3). Und in ähnlicher Weise wird auch vorzugehen sein, wenn der infolge eines Zufalls verbrannte echte Holbein entsprechend versichert war. Der Vermächtnisnehmer wird dann die Abtretung des Anspruchs gegen den Versicherer verlangen können.

[2]) Über den Fall, daß der wahlberechtigte Teil aus mehreren Personen besteht, vgl. *Planck-Ritgen* Erl. 3 zu § 2154.

[3]) Vgl. auch §§ 80, 20 FGbG. und hierzu wieder oben § 29 Anm. 21.

Digitized by Google

6. Befreiungs- und Schuldvermächtnis.

§ 37.

Das Vermächtnis einer bereits bestehenden Forderung wird durch die Vorschriften des Gesetzes über das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes getroffen. In betreff des Befreiungs- und des Schuldvermächtnisses enthält das BGB. besondere Bestimmungen überhaupt nicht. Sie sind aber auch nicht notwendig; denn die richtige Entscheidung ist hier schon aus allgemeinen Gesichtspunkten zu gewinnen.

I. Im Falle eines Befreiungsvermächtnisses (legatum liberationis) will der Erblasser die Befreiung des Bedachten von einer Schuld herbeiführen, deren Gläubiger der Erblasser selbst oder der Beschwerte oder ein Dritter ist. Besteht die Schuld, von welcher der Bedachte befreit werden sollte, zu der für die Beurteilung der Wirksamkeit des Vermächtnisses maßgebenden Zeit nicht oder nicht mehr, so ist das Vermächtnis regelmäßig wirkungslos. Doch kann die Auslegung der Vermächtnisverfügung im einzelnen Falle zur Annahme führen, daß dem Bedachten der Vorteil, der ihm vom Erblasser zunächst durch Schuldbefreiung zugewendet werden wollte, in anderer Weise zukommen soll, wenn die Schuld im entscheidenden Zeitpunkte nicht mehr besteht. Beispiel: Der Erblasser, der vom B 1000 aus einem Darlehen zu fordern hat, vermacht seinem Schuldner die Befreiung von dieser Schuld. Während der Erblasser schwer krank darniederliegt, wird aber die Darlehensschuld durch den Verwalter des Erblassers ohne Wissen des letzteren eingefordert und vom B zurückbezahlt. Hier wird nicht daran zu zweifeln sein, daß dem Bedachten auf Grund des Befreiungsvermächtnisses ein Anspruch auf Zahlung von 1000 zukommt.[1])

---

[1]) Die Protokolle V S. 175 scheinen übrigens dafür zu sprechen, daß § 2173 ohne weiteres auch auf das Befreiungsvermächtnis zur Anwendung zu bringen sei. Nach dieser Auffassung würde im Zweifel immer anzunehmen sein, daß dem Befreiungsvermächtnisnehmer, der noch vor dem Erbfall erfüllt hat, der geleistete und in der Erbschaft noch vorhandene Gegenstand und bei einer auf Leistung einer Geldsumme gerichteten Forderung diese Geldsumme, selbst wenn sie in der Erbschaft nicht mehr vorhanden ist, als vermacht gelten soll. In diesem Sinne entscheidet auch Planck-Ritgen Erl. 1b zu § 2173. Allein dies geht doch wohl zu weit. Das Vermächtnis einer Forderung und das Befreiungsvermächtnis sind sachlich und wirtschaftlich erheblich verschieden.

Digitized by Google

Fraglich kann auch werden, wie es zu halten ist, wenn der Erblasser nach der Anordnung eines zu Gunsten des B lautenden Befreiungsvermächtnisses seine Forderung gegen B, auf die sich das Befreiungsvermächtnis bezieht, an einen Dritten abtritt. Die Auslegung wird hier zumeist zu dem Ergebnisse führen, daß die Schuldbefreiung nur insoweit vermacht werden wollte, als der Bedachte zur Zeit des Erbfalls Schuldner des Erblassers ist.

Aus dem Vermächtnis der Schuldbefreiung ergibt sich für den Vermächtnisnehmer in allen Fällen nur ein Anspruch auf Befreiung gegen den Beschwerten, niemals die Befreiung selbst (§ 2174). Ist jedoch die Befreiung von einer Schuld des Bedachten gegen den Erblasser vermacht, so kann der Bedachte sein Recht aus dem Vermächtnis auch dadurch geltend machen, daß er dem Anspruch des Beschwerten auf Leistung gegenüber die Erfüllung verweigert. Und mit Rücksicht auf den im § 821 sich ausprägenden und der Weiterbildung fähigen Gedanken wird sogar zu behaupten sein, daß der Bedachte die Erfüllung der Verbindlichkeit selbst dann noch verweigern kann, wenn der Anspruch auf Befreiung verjährt ist.[2])

II. Hat der Erblasser dem Bedachten etwas mit dem Beisatze vermacht, daß er das Vermachte dem Bedachten schulde (legatum debiti, Schuldvermächtnis), so erlangt der Vermächtnisnehmer, dafern die Voraussetzungen eines rechtsgültigen Vermächtnisses sonst vorhanden sind, den vermächtnisrechtlichen Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes gegen den Beschwerten. Daß die angebliche Schuld wirklich besteht, braucht der Bedachte (sofern sich nicht ein anderes aus der Verfügung des Erblassers ergibt) nicht darzutun, und selbst der vom Beschwerten erbrachte Beweis, daß ein

---

Jenes will dem Bedachten den Erwerb des vom Schuldner der Forderung zu leistenden Gutes vermitteln, dieses soll dem Bedachten die Leistung des von ihm Geschuldeten ersparen. Der Unterschied tritt besonders dann deutlich hervor, wenn der Befreiungsvermächtnisnehmer die Leistung einer Sache schuldet, die er erst herstellen oder anschaffen muß. Übrigens wird auch in den Protokollen nicht verkannt, daß die Auslegungsregel des § 2173 für das Befreiungsvermächtnis nicht ganz zutrifft. So insbesondere nicht in dem Falle, daß der Erblasser den Bedachten zur Leistung des geschuldeten Gegenstands gezwungen hat. Mit Rücksicht hierauf besteht zwischen der im Texte vertretenen Auffassung und der der Protokolle kaum ein praktischer Unterschied.

[2]) Zustimmend Regelsberger in Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 335.

Digitized by Google

rechtsgültiges Schuldverhältnis nicht besteht, schließt den Anspruch aus dem Vermächtnis noch nicht aus. Doch kann wie jede andere letztwillige Verfügung, so auch ein Schuldvermächtnis wegen eines für den Erblasser entscheidend gewesenen Irrtums im Beweggrund nach Maßgabe des § 2078 angefochten werden. Darnach ist ein Schuldvermächtnis insbesondere anfechtbar, wenn sich der Erblasser bei dessen Anordnung von der irrtümlichen Annahme leiten ließ, daß die angegebene Schuld wirklich bestehe.

Erfüllt der Erblasser die Schuld, deren Entrichtung er vermacht hatte, noch bei seinen Lebzeiten, so wird das Schuldvermächtnis gegenstandslos.

7. Vermächtnisse besonderen Inhalts.

§ 37a.

I. Wenn der Erblasser jemandem den Nießbrauch an seiner Erbschaft vermacht hat, so ist vor allem durch Auslegung zu ermitteln, ob hierin nicht etwa eine Einsetzung des Bedachten als Erbe in Verbindung mit der Anordnung einer mit dem Tode des „Nießbrauchers" eintretenden Nacherbfolge zu erblicken ist.[1]) Führt die Auslegung zur Annahme eines Vermächtnisses, so hat der mit dem Nießbrauch an der Erbschaft[2]) Bedachte ein Forderungsrecht (§ 2174) gegen den beschwerten Erben auf Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zur Erbschaft gehörenden Gegenständen (§ 1085), und bestimmt sich die Stellung des Erbschaftsnießbrauchers nach den Vorschriften der §§ 1086 bis 1088. Die Anordnung des Erblassers kann übrigens auch darauf gerichtet sein, daß der Erbschaftsnießbraucher dem Erben gegenüber lediglich zum Verlangen auf die in bestimmten Terminen zu bewirkende Ablieferung des Reinertrags der Erbschaft berechtigt sein soll.

II. Den Gegenstand eines Vermächtnisses kann auch eine dem Erblasser angefallene Erbschaft bilden.[3]) Der beschwerte Erbe ist in diesem Falle dem Vermächtnisbedachten gegenüber zur Übertragung

[1]) Vgl. oben § 27 Anm. 3 auf S. 164.

[2]) Ist jemandem der Nießbrauch an dem Anteil eines noch in der Erbengemeinschaft stehenden Teilerben vermacht, so hat der Beschwerte die Nießbrauchbestellung nach Maßgabe des § 2033 (vgl. auch § 1069 und § 86 FGbG.) zu bewirken.

[3]) Vgl. dazu auch oben § 26 Anm. 3 auf S. 150.

Digitized by Google

der zur vermachten Erbschaft gehörenden Gegenstände (mit Einschluß der an die Stelle ursprünglicher Erbschaftsgegenstände getretenen Surrogate) verpflichtet. Bezieht sich das Vermächtnis nur auf einen Erbteil und ist die Erbengemeinschaft noch nicht aufgehoben, so hat der beschwerte Erbe dem Vermächtnisnehmer den diesem gebührenden Anteil am ungeteilten Nachlaß nach Maßgabe des § 2033,[4]) außerdem aber auch diejenigen Gegenstände, welche er auf seinen Erbteil aus der Erbengemeinschaft bereits herausgezogen hat, zu übertragen. Das Verhältnis des Beschwerten zum Bedachten ist hier ein dem Verhältnis zwischen dem Verkäufer einer Erbschaft zum Erbschaftskäufer verwandtes.[4a]) Trotzdem dürfen aber die für den Erbschaftskauf geltenden Einzelvorschriften nur mit größter Vorsicht zur Bestimmung der den Beschwerten in unserem Falle treffenden Verpflichtungen herangezogen werden.[5]) Denn während sich die auf einem entgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden beruhenden Verpflichtungen des Erbschaftsverkäufers nach dem insbesondere ausgesprochenen und durch gesetzliche Dispositivvorschriften ergänzten Vertragswillen der Parteien bestimmen, ist für den Umfang der Verpflichtungen des mit einem Vermächtnis der hier in Frage stehenden Art Beschwerten der ausgesprochene oder mutmaßliche Wille des eine liberale Zuwendung von Todeswegen beabsichtigenden Vermächtnisgebers d. i. des Erblassers entscheidend. Besonders hervorzuheben ist, daß den Beschwerten dem Bedachten gegenüber in unserem Falle (im Gegensatz zu der auf den Erbschaftskauf sich beziehenden Vorschrift des § 2376 Abs. 1; vgl. übrigens auch § 2385 Abs. 2) eine Haftung wegen des Nichtbestandes des vom Erblasser vorausgesetzten Erbrechts oder wegen einer Beschränkung dieses Erbrechts durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder wegen des Bestehens von die vermachte Erbschaft beschwerenden Vermächtnissen oder Auflagen oder von Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen in aller Regel[6])

[4]) Vgl. unten § 64 d. D.

[4a]) Vgl. unten § 97 d. D.

[5]) Zur entsprechenden Anwendung wird man aber ganz unbedenklich heranziehen können die Vorschriften der §§ 2372, 2377, 2378 und die auf das Vorausvermächtnis sich beziehende Vorschrift des § 2373.

[6]) Die Möglichkeit eines über das im Texte bezeichnete Maß hinausgehenden Zuwendungswillens des Erblassers ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Vgl. auch § 2170.

Digitized by Google

ebensowenig trifft als eine Verantwortlichkeit wegen des Umstandes, daß schon in der Person des Erblassers eine schlechthin unbeschränkte Haftung für alle oder doch für einzelne auf der vermachten Erbschaft lastende Verbindlichkeiten eingetreten war (vgl. auch § 2165, 2169). In ungleich stärkerer Weise kommt die Analogie mit dem Erbschaftskauf im Verhältnis des mit einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft Bedachten zu den betreffenden Nachlaßgläubigern zur Geltung. Denn schlägt der Bedachte das Vermächtnis nicht aus, so haftet er den bezeichneten Nachlaßgläubigern zweifellos nach Maßgabe des entsprechend anzuwendenden § 2382.[7])

Im konkreten Falle kann das Vermächtnis einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft freilich aber auch dahin zu verstehen sein, daß der Beschwerte dem Bedachten nur dasjenige herauszugeben hat, was sich nach Befriedigung aller Nachlaßgläubiger als reiner Nachlaß herausstellen wird.

III. Nach § 22 HGB. kann der Erblasser auch ein „bestehendes Handelsgeschäft" zum Gegenstand einer vermächtnisweisen Zuwendung machen. Die Verpflichtung des Beschwerten besteht hier vor allem darin, dem Bedachten die rechtmäßige Fortführung des Handelsgeschäftes zu ermöglichen und daher auch alles zu unterlassen, was diese Fortführung beeinträchtigt. Das Vermächtnis *kann* sich auch darauf erstrecken, daß der Bedachte die bisherige Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortführen dürfe; trifft dies zu, so ist der Bedachte dem beschwerten Erben gegenüber zum Verlangen berechtigt, daß dieser in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwillige (vgl. § 22 HGB.). Regelmäßig wird das Vermächtnis eines bestehenden Handelsgeschäfts zugleich auch als Vermächtnis des gesamten zum Betriebe des Geschäfts gehörenden Vermögens aufzufassen sein, und der Bedachte demgemäß verlangen können, daß ihm die Bestandteile dieses Vermögens vom Beschwerten übertragen werden. Zum Wesen des hier besprochenen Vermächtnisses gehört jedoch ein solcher Umfang des Zuwendungswillens nicht.[8])

Führt der Bedachte das vermachte Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis

[7]) Die Haftung des Vermächtnisnehmers dürfte als eine unter der condicio iuris, daß das Vermächtnis nicht ausgeschlagen wird, schon mit dem Vermächtnisanfall einsetzende zu behandeln sein.

[8]) Vgl. hierzu *Binder* S. 32 ff.

Digitized by Google

bezeichnenden Zusatz fort, so haftet er den Geschäftsgläubigern nach Maßgabe des analog anzuwendenden § 25 HGB.[9]) für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Forderungen gegen den bisherigen Inhaber mit seinem ganzen Vermögen. Im Falle der Fortführung des Geschäfts ohne die bisherige Firma ist der Vermächtnisnehmer zwar dem Beschwerten gegenüber zur Liberierung desselben von den ihn unmittelbar treffenden Geschäftsverbindlichkeiten verpflichtet, tritt aber eine persönliche Haftung des Bedachten gegenüber den Geschäftsgläubigern von Rechtswegen nicht ein.

E. Auflagen.*)

§ 38.

I. Die rechtliche Natur der Auflage ist bereits in § 6 d. Darstellung bestimmt worden. Von der Anordnung einer Auflage wesentlich verschieden ist es, wenn der Erblasser, ohne dadurch den Erben, Vermächtnisnehmer verpflichten zu wollen, nur einen Wunsch, einen Rat, eine Empfehlung (sog. nudum praeceptum) ausgesprochen hat.[1]) Nicht unter den Gesichtspunkt der Auflage fällt ferner die Zuwendung unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Bedachte etwas tue oder unterlasse, oder die Zuwendung mit Beifügung der auflösenden Bedingung, daß dem Bedachten der gemachte Erwerb wieder entzogen werden solle, dafern er der Absicht des Erblassers zuwider handle; denn in den hierher gehörenden Fällen ist eine Verpflichtung des Bedachten zur Vornahme oder Nichtvornahme der in Frage kommenden Handlung nicht begründet. Den Charakter der Auflage hat auch nicht[2]) die letztwillige Anordnung, daß ein Miterbe bei der Auseinandersetzung Erbschaftsgegenstände zu einem bestimmten

---

[9]) Vgl. Staub, Komm. z. HGB. I Anm. 32 zu § 27. Düringer u. Hachenburg, das HGB. I Erl. X zu § 27.

*) Pernice, Labeo III, 1: Auflage, Zweckbestimmung (1892). Bekker Pandekten II, § 118. Lammfromm: Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag (1897) S. 78. Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 529. Regelsberger, Pandekten I § 176. Kipp bei W. III Zus. zu § 668. Schultze: Treuhänder im geltenden Recht S. 88. Kohler im Arch. f. b. R. Bd. 20 S. 259.

[1]) Vgl. dazu besonders l. 38 § 4 D., l. 94 pr. D. de leg. III.

[2]) Über die Beurteilung der letzwilligen Schiedsgerichtsklausel vgl. oben § 23 Anm. 4 und über die rechtliche Natur der im § 2044 erwähnten letztwilligen Anordnung vgl. § 65 d. D.

Digitized by Google

Werte zu übernehmen oder daß er Vorempfänge, die von Rechtswegen der Ausgleichung nicht unterliegen, doch zur Ausgleichung zu bringen habe.[3])

II. Der Inhalt der Auflage kann ein sehr verschiedenartiger sein.[4]) Sehr häufig strebt der Erblasser dabei die Verwirklichung oder Beförderung eines öffentlichen oder gemeinnützigen Zweckes an. Man denke z. B. an die Auflage: daß ein bestimmter Geldbetrag zum Bau eines Krankenhauses aufgewendet werde, daß die zum Nachlaß gehörende Bibliothek oder Bildergalerie oder ein dazu gehörender Park nach wie vor dem Zugang des Publikums eröffnet bleibe, oder daß zu einem Sammelvermögen ein bestimmter Betrag geleistet werde. Möglicher Inhalt einer Auflage ist auch die Anordnung, daß der Bedachte bestimmte Mittel zur Errichtung einer Stiftung verwende.[5]) In anderen Fällen sorgt der Erblasser durch Anordnung von Auflagen für seine höchst persönlichen Interessen, deren Wahrung ihm auch für die Zeit nach seinem Tode am Herzen liegt. Als Beispiele mögen namhaft gemacht werden: Anordnungen über das Begräbnis des Erblassers, betreffend die Erbauung einer Gruft, die Herstellung eines Denkmals, die Sorge für eine bisher vom Erblasser gepflegte Grabstätte, die Unterhaltung eines Schlosses, die Versorgung von Lieblingstieren, die Veröffentlichung oder Nichtveröffentlichung von Manuskripten, die Bestimmung, daß gewisse Gegenstände nicht ver-

---

[3]) Denn in den bezeichneten Fällen sind die übrigen Miterben in ihrem eigenen Interesse dem durch die Anordnung zunächst betroffenen Miterben gegenüber zur Durchsetzung der Anordnung berechtigt, und kann somit von einer Rechtsträgerschaft in fremdem Interesse keine Rede sein.

[4]) Nicht um eine Auflage im Sinne des BGB. (wie Endemann III § 73 Anm. 20 annimmt), sondern um ein Vermächtnis handelt es sich in dem vom Reichsgericht, Bd. 35 S. 147 entschiedenen gemeinrechtlichen Falle. Gegenstand des Vermächtnisses ist hier ein dem beschwerten Erben von dritter Seite zufallender Erbteil, auf dessen Herausgabe die Kläger auf Grund der zu ihren Gunsten getroffenen letztwilligen Verfügung klagen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß im Reichsgerichtsurteil wiederholt der Ausdruck Auflage gebraucht wird.

[5]) Es ist klar, daß es sich hierbei nicht um die Errichtung einer Stiftung durch Verfügung von Todeswegen im Sinne des § 83 handelt. Denn im Falle des § 83 wird das Stiftungsgeschäft vom Erblasser selbst vorgenommen. Im Falle des Textes ist dagegen die Vornahme des Stiftungsgeschäftes dem Bedachten auferlegt.

Digitized by Google

äußert werden dürfen.[6]) Die Wirksamkeit einer Auflage ist selbst dadurch nicht ausgeschlossen,[7]) daß sie vorzugsweise den Vorteil des mit ihr Beschwerten bezweckt;[8]) man denke z. B. an Anordnungen über den Betrieb des zum Nachlaß gehörenden Erwerbsgeschäfts, über die Bewirtschaftung des Grundbesitzes, über die Anlegung von Kapitalien u. dgl. Um Auflagen solcher Art den Vollzug zu sichern, wird der Erblasser aber freilich einen Testamentsvollstrecker bestellen müssen; denn andernfalls könnten sie leicht unerfüllt bleiben,[9]) ohne daß den Beschwerten dabei ein erheblicher Nachteil träfe, und würden sie praktisch somit meist nicht mehr bedeuten als nuda praecepta. Was nicht Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein kann, kann dem Bedachten auch nicht durch Auflage als Verpflichtung aufgelegt werden.[10]) Als unwirksam ist daher z. B. die Auflage zu behandeln, daß der Bedachte ein Kind legitimiere, an Kindesstatt annehme,[11]) daß er eine Verfügung von Todeswegen errichte oder nicht errichte,

---

[6]) Vgl. aber hierzu § 137 (s. auch Reichel, sächs. Arch. Bd. 12 S. 176), wonach durch ein solches Veräußerungsverbot nur eine persönliche Verpflichtung des Bedachten zur Nichtveräußerung, nicht aber eine Ausschließung oder Beschränkung der Verfügungsmacht selbst begründet wird. Die Römer waren übrigens geneigt, ein solches Veräußerungsverbot als nudum praeceptum zu behandeln (vgl. besonders l. 93 pr. D. de leg. III). Wie die weitere Ausführung des Textes zeigt, kann es freilich unter Umständen auch nach dem Rechte des BGB. praktisch zu dem gleichen Ergebnis kommen.

[7]) Möglicherweise kann aber eine Auflage der im Texte erwähnten Art deshalb nichtig sein, weil sie den guten Sitten widerspricht (§ 138).

[8]) Vgl. auch Regelsberger S. 604 und Planck-Ritgen Vorbem. 2 zu §§ 2192 ff.; anders noch die römische Auffassung (vgl. besonders l. 71 pr. D. 35. 1), der sich Endemann III § 73 Anm. 7, 9 mit Unrecht anschließt.

[9]) Eine nicht unerhebliche Garantie für die Erfüllung einer solchen Auflage kann übrigens schon durch das Vorhandensein von Miterben gegeben sein (vgl. § 2194).

[10]) Eine andere Frage ist, ob eine Auflage der bezeichneten Art nicht unter Umständen als Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Beifügung einer auflösenden Bedingung behandelt werden kann. Doch ist auch hierbei § 138 wohl zu beachten.

[11]) Eine wirksame Auflage erblickt Pfaff-Hofmann Komment. II S. 616 in Anlehnung an eine Entscheidung des österr. oberst. Gerichtshofs (Sammlung Glaser-Unger-Walther Bd. 15 Nr. 6422), in der vom Erblasser getroffenen Bestimmung, daß seine als Erbin eingesetzte Tochter ihre Nichte an Kindesstatt annehme. Nach deutschem Rechte müßte die Erbeinsetzung der Tochter als auflösend bedingt behandelt werden.

Digitized by Google

aufhebe oder nicht aufhebe (vgl. auch § 2302), oder daß er ein familienrechtliches Verhältnis (z. B. eine Ehe) anfechte oder nicht anfechte, u. dgl.[12])

III. Obschon die Auflagen nicht zu den Zuwendungen gehören, so finden auf sie doch manche für die letzteren maßgebende Bestimmungen entsprechende Anwendung (§ 2192).

1. Was vor allem die Fragen betrifft, wer mit einer Auflage beschwert werden kann, wer im konkreten Falle als der Beschwerte anzusehen ist, und in welchem Verhältnisse mehrere Beschwerte die Last der Auflage zu tragen haben, so sind sie in gleicher Weise zu beantworten wie bei Vermächtnissen. Vgl. die im § 2192 berufenen §§ 2147, 2148, 2161. Zu beachten ist jedoch, daß Auflagen sehr häufig insofern einen höchst persönlichen Charakter haben, daß sie nur einen ganz bestimmten Beschwerten treffen wollen. Die Anwendung der Vorschrift des § 2161 wird daher bei Auflagen oft zu anderen Ergebnissen führen als bei Vermächtnissen.

2. Nach den für Vermächtnisse maßgebenden Vorschriften ist auch zu entscheiden, ob eine Auflage auf eine unmögliche Leistung gerichtet und deshalb unwirksam ist, und desgleichen, welche Beurteilung einzutreten hat, wenn die Zeit der Erfüllung der Auflage dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist (§§ 2192, 2171, 2181). Die allgemeine Vorschrift des § 138 gilt ohne weiteres auch für Auflagen.

3. Ist eine Auflage derart verfügt, a) daß sie entweder in der einen oder in der anderen Weise ausgeführt werden soll, oder b) daß zu ihrer Ausführung eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zu verwenden ist, so sind im Falle a) die Vorschriften über das alternative Vermächtnis und im Falle b) die über das Gattungsvermächtnis entsprechend zur Anwendung zu bringen (§§ 2154, 2155, berufen im § 2192).

4. Hat der Erblasser den Zweck einer Auflage bestimmt, so kann er die Bestimmung des Inhalts der Leistung in gleicher Weise wie bei Vermächtnissen dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen (§§ 2192, 2065 Abs. 2, 2156). Darüber noch hinaus geht jedoch die Bestimmung des § 2193. Ihr zufolge

---

[12]) Ist die Anordnung, daß der Bedachte seinen Familiennamen ändere, als wirksame Auflage zu behandeln? Auch dies dürfte zu verneinen sein.

Digitized by Google

kann der Erblasser bei einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, auch die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen.[13]) Steht die Bestimmung dem Beschwerten zu, so kann ihm, sobald er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, von dem Kläger eine angemessene Frist zur Vollziehung mit der Wirkung gesetzt werden,[14]) daß die Bestimmung nach dem Ablauf der Frist dem Kläger zukommt, wenn die Vollziehung innerhalb der Frist unterblieben ist. Die einem Dritten zukommende Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen oder trifft er sie nicht innerhalb der ihm auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgericht gesetzten Frist,[15]) so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über;[16]) zu den hier in Frage kommenden Beteiligten gehören aber außer dem Beschwerten auch diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind. Vgl. § 2193.

5. Die aus Auflagen, mit denen der Erbe beschwert ist, sich ergebenden Verpflichtungen, sind nach § 1967 Nachlaßverbindlichkeiten. Was oben (§ 32 d. Darstellung) über die Gestaltung der Haftung des Erben für Vermächtnisverbindlichkeiten gesagt worden ist, gilt auch hier. Der mit Auflagen beschwerte Vermächtnisnehmer haftet für die ihm daraus erwachsenden Verbindlichkeiten nach den für die Haftung des Hauptvermächtnisnehmers hinsichtlich der diesem auferlegten Untervermächtnisse maßgebenden Grundsätzen.[17]) Ansprüche auf Er-

---

[13]) Beispiel: Nach der Anordnung des Erblassers soll der Erbe in den nächsten fünf Jahren dem Direktor einer Kunstakademie jährlich 5000 Mk. zur Gewährung von Reisestipendien für junge nnd bedürftige Künstler zur Verfügung stellen. Die Auswahl der Stipendienempfänger soll durch den Erben aus der ihm vom Direktor übermittelten Liste oder wohl auch durch den Direktor selbst stattfinden. Als Vermächtnisnehmer sind die Stipendienempfänger in diesem Falle nicht zu behandeln. Ihnen erwächst daher auch aus der getroffenen Bestimmung für sich allein noch kein Forderungsrecht gegen den Erben.

[14]) Nach § 255 Abs. 2 CPO. kann die Festsetzung der Frist übrigens schon im Urteil erfolgen.

[15]) Vgl. auch § 80, 20 FGbG.

[16]) Vgl. hierzu die im § 2193 Abs. 3 berufene Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2.

[17]) Vgl. insbesondere die für Vermächtnisse und Auflagen gleichmäßig geltenden Vorschriften der §§ 2186 bis 2189, 2318, 2322, 2323.

Digitized by Google

füllung von Auflagen können, selbst wenn sie sich gegen einen Vermächtnisnehmer richten, im Gerichtsstande der Erbschaft geltend gemacht werden (§ 27 CPO.).

6. Nicht unerwähnt darf bleiben, daß das Gesetz eine entsprechende Anwendung der die zeitliche Wirksamkeit von Vermächtnisverfügungen einschränkenden Vorschriften der §§ 2162, 2163 auf Auflagen nicht anordnet.[18]) Nicht unwirksam ist also z. B. die Anordnung, daß ein dem Nachlaß zu entnehmendes Kapital zinstragend angelegt und nach Ablauf von fünfzig Jahren samt Zinsen und Zinseszinsen zu einem bestimmten (etwa gemeinnützigen) Zwecke verwendet werden solle.

IV. Das Verlangen auf Vollziehung der Auflage[19]) kann in allen Fällen derjenige[20]) stellen, welchem der Wegfall des mit ihr zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde.[21]) Außerdem — d. h. auch wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft — ist zum Verlangen berechtigt: der Erbe, so weit es sich um eine Auflage handelt, die nicht ihm selbst auferlegt ist, der Miterbe und sicherlich auch der Erbe[22]) des Erben bzw. des Miterben. Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann auch die nach Landesrecht zuständige Behörde die Vollziehung verlangen. Vgl. § 2194.[23]) Hat der Erblasser eine Testamentsvollstreckung

---

[18]) Vgl. dazu auch Protokolle V S. 241, 308, aber auch Kipp, Prorektoratsrede (1899) S. 24.

[19]) Über die rechtliche Natur dieser Befugnis vgl. oben § 6 d. D.

[20]) Der Pflichtteilberechtigte als solcher kann die Vollziehung der Auflage nicht verlangen.

[21]) Darüber, wie es sich verhält, wenn die hierbei zunächst in Betracht kommende Person erbunwürdig ist, vgl. § 60 d. D.

[22]) Vgl. hierzu oben § 1 d. D. S. 21.

[23]) Eine bemerkenswerte Konsequenz der Vorschrift des § 2194 besteht darin, daß, wenn nach Maßgabe der konkreten Sachlage zum Verlangen auf Vollziehung der Auflage nur derjenige berechtigt ist, welchem der Wegfall des mit ihr Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, die auf Vollziehung der Auflage gerichtete Absicht des Erblassers praktisch dadurch vereitelt werden kann, daß der mit ihr Beschwerte und der zum Verlangen auf Vollziehung allein Berechtigte ein Einverständnis dahin treffen, daß die Vollziehung der Auflage zu unterbleiben habe. Eine andere Frage ist, ob der zum Verlangen auf Vollziehung der Auflage Berechtigte an eine solche Abrede rechtlich gebunden ist. Dies ist soweit zu verneinen, als ihr Inhalt den guten Sitten widerspricht. Ein Verzicht auf den in § 2196 bezeichneten Anspruch ist aber sicherlich zulässig. Vgl. auch Schultze S. 95.

Digitized by Google

angeordnet, so kann nach den für diese maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen[24]) der Testamentsvollstrecker die vom Erblasser angeordneten Auflagen entweder selbst vollziehen oder doch ihre Vollziehung verlangen.[25])

V. Eine vom Erblasser dem Erben oder einem Vermächtnisnehmer gemachte Auflage kann sich aus verschiedenen Gründen als unwirksam erweisen, so z. B. weil ihre Vollziehung schon von vornherein unmöglich ist oder nachträglich durch Zufall unmöglich wird. Dies hat in aller Regel nicht auch die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung zur Folge, es wäre denn anzunehmen, daß der Erblasser die Zuwendung ohne die Auflage nicht gemacht haben würde (§ 2195). Nach der Vorschrift des Gesetzes soll es im allgemeinen so selbst dann gehalten werden, wenn die Vollziehung der Auflage infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, oder wenn der Beschwerte zur Vollziehung einer Auflage, die nicht auch von einem Dritten vollzogen werden kann,[26]) rechtskräftig verurteilt ist und die zulässigen Zwangsmittel[27]) erfolglos gegen ihn angewendet worden sind. Eine Modifikation tritt in den hierher gehörenden Fällen nur insofern ein, daß derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde,[28]) von dem letzteren nach den Grundsätzen

---

[24]) Vgl. darüber unten § 40a d. D.

[25]) Nach dem im Texte Gesagten können leicht mehrere Personen neben einander, und zwar jede von ihnen selbständig zum Verlangen auf Vollziehung der Auflage berechtigt sein. Eine Gesamtgläubigerschaft im technischen Sinne (§§ 428 bis 430) ist aber hier nicht anzunehmen. Denn keiner der Verlangenden fordert eine ihm gebührende Leistung und das Verlangen jedes einzelnen von ihnen richtet sich auf dasselbe Ziel. Vgl. auch Kipp bei W. III S. 685. Von einer Gesamtgläubigerschaft spricht zwar Hellwig: Anspruch und Klagerecht S. 95, gibt aber dabei zugleich zu, daß das regelmäßige Recht der Gesamtgläubigerschaft nicht maßgebend ist.

[26]) Ist das möglich, so kann der zum Verlangen auf Vollziehung der Auflage Berechtigte nach § 887 CPO. vorgehen.

[27]) Vgl. §§ 888, 890 CPO. Planck-Ritgen Erl. 2aß zu § 2196 will die Vorschrift des § 890 CPO. deshalb außer Betracht lassen, weil es sich in den durch sie betroffenen Fällen nicht eigentlich um Zwangsmittel, sondern um Strafen handelt. Allein die Verhängung dieser Strafen ist doch nicht Selbstzweck, sondern erfolgt nur zum Zwecke der Zwangsvollstreckung.

[28]) Andere Personen sind hier nicht klageberechtigt, insbesondere nicht der Testamentsvollstrecker.

Digitized by Google

über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung die Herausgabe der Zuwendung insoweit fordern kann, als diese zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.[29]) Vgl. § 2196. Die besonderen Umstände des Falles können aber doch auch zur Annahme führen,[30]) daß die Zuwendung an den mit der Auflage Beschwerten nur um der Auflage willen gemacht sei,[31]) oder daß sie doch wenigstens dann unwirksam werden solle, wenn der Bedachte sich der Erfüllung der ihm gemachten Auflage schuldbar entzieht.[32]) Soweit in Fällen dieser Art die Erfüllung der Auflage objektiv noch möglich bleibt, muß sie als demjenigen auferlegt gelten, welchem die nachträgliche Unwirksamkeit der mit der Auflage zunächst belasteten Zuwendung unmittelbar zu statten kommt (§§ 2192, 2161).

F. Testamentsvollstrecker.

1. Historisches.*)

§ 39.

Die Testamentsvollstreckung des heutigen Rechtes ist in einer mehr als tausendjährigen Entwickelung aus der letztwilligen Treu-

[29]) Der Anspruch geht also grundsätzlich nicht auf Herausgabe der ganzen Zuwendung. Erfordert die Erfüllung der Auflage einen Vermögensaufwand überhaupt nicht, so kann daher der im Texte erwähnte Anspruch nicht in Betracht kommen.

[30]) Vgl. auch Crome, System d. Deutschen b. Rechtes II § 232 a. E.

[31]) Vgl. dazu das Beispiel der Protokolle V S. 244: Einem Friedhofsgärtner ist eine Rente vermacht, damit er fortgesetzt ein Grab unterhält. Hier entspricht es sicherlich dem Willen des Erblassers, daß von dem Zeitpunkte ab, in welchem die Erfüllung der Auflage unmöglich wird, auch die fernere Rente entfällt.

[32]) Von sonstigen Fällen, in denen einer Zuwendung eine auflösende Bedingung beigefügt ist, unterscheidet sich der im Texte hervorgehobene dadurch, daß der Bedachte in diesem zunächst aus der Auflage verpflichtet ist.

*) Beseler, Erbverträge (1835) I §§ 15, 16, derselbe in der Ztschr. f. deutsches R. Bd. 9 S. 144. Stobbe, Deutsches Privatrecht V §§ 308, 309. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts Bd. II S. 621 in Verbindung mit Bd. I S. 215. Schultze: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, Heft 49 der von Gierke herausgegebenen Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte (1895). Deutsch: Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im römischen Rechte (1895). Goffin: The Testamentary Executor in England and elsewhere (1901.) Vgl. auch Sekt an dem § 40 Anm. *) a. O. S. 1.

Digitized by Google

hand[1]) des älteren deutschen,[2]) insbesondere des langobardischen Rechtes herausgewachsen. Obschon bestimmt, den vom Erblasser getroffenen Verfügungen von Todeswegen den Erfolg zu sichern, war die letztwillige Treuhand ihrem Wesen nach doch ein sachenrechtliches Institut. Das Treuhandsverhältnis wurde regelmäßig durch einen zwischen dem von Todeswegen Verfügenden und dem zum Treuhänder Erkorenen geschlossenen Vertrag begründet, laut dessen der erstere dem letzteren sein ganzes Vermögen oder einen Teil desselben mit der Bestimmung übertrug, daß der Treuhänder (Salmann, später auch Seelwärter, Testamenter) hinsichtlich des von ihm in dieser Weise Erworbenen den für den Todesfall ausgesprochenen Willen des Verfügenden getreulich erfülle. Nicht immer, aber doch sehr häufig kam es vor, daß der Verfügende sich in betreff des dem Treuhänder übertragenen Vermögens den Nießbrauch vorbehielt, so daß der Treuhänder nur ein Recht erwarb, dessen volle Wirksamkeit bis zum Tode des Verfügenden suspendiert war.

Unter dem Einfluß des kanonischen Rechtes entwickelte sich sodann der dem langobardischen Rechte noch fremde Gedanke einer dem Treuhänder obliegenden Rechtspflicht zur Ausführung der ihm vom Erblasser übertragenen Aufgaben und die Unterstellung des Treuhänders unter die Aufsicht öffentlichrechtlicher (zunächst kirchlicher und dann weltlicher) Organe. Erst infolge der Einwirkung des römischen Rechtes verlor die letztwillige Treuhand ihre sachenrechtliche Grundlage und vollzog sich ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. Seine weitere Ausgestaltung erhielt das Institut durch Praxis, Wissenschaft und partikulare Gesetzgebung. Das BGB. widmet der Testamentsvollstreckung eingehende Bestimmungen. Sie stehen unvergleichlich höher als die bisherigen gesetzgeberischen Leistungen auf diesem Gebiete und bilden eine wertvolle Errungenschaft des neuen Rechtes.

---

[1]) Das älteste Zeugnis für das Vorkommen des Instituts liefert Titel 47 der l. Salica; doch ist nicht unbestritten, ob sich die Stelle wirklich auf die letztwillige Treuhand bezieht.

[2]) Über die umfassende Bedeutung der Treuhand (manus fidelis, Salmannschaft) vgl. Albrecht: Gewere (1828) und Stobbe, Ztschrft. für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 424.

Digitized by Google

2. Die Testamentsvollstreckung nach dem BGB.*)

a) Anordnung der Vollstreckung, Beginn und Beendigung des Amtes.

§ 40.

I. Anordnungen in betreff der Testamentsvollstreckung kann der Erblasser[1]) nur letztwillig[2]) treffen. Ihre Wirksamkeit ist durch das Vorhandensein und die Wirksamkeit anderweiter letztwilliger An-

*) Hartmann in den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentags (Gutachten Bd. 1 S. 3 ff). Sturm: Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem BGB. (1898); vgl. auch desselben Schriftstellers ältere Arbeiten: Die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gem. u. preuß. R. in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 S. 91 und die besondere Schrift: Die Lehre von den Testamentsvollstreckern. Eine Studie zum neuen Deutschen Reichsrecht (1896). Marcus im sächs. Archiv Bd. 8 S. 53. Sekt: Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung (1900). Brettner im Arch. für bürgl. R. Bd. 17 S. 213 und im Recht 1900 S. 320. Boehm im Recht 1900 S. 269. Planck, DJZ. 1900 Nr. 4. Schultze: Treuhänder im geltenden Recht (1901) S. 64 und 88 (auch abgedruckt in Iherings Jahrbüchern Bd. 43). Jacubezky im Recht 1901 S. 575. Kipp bei W. III S. 297. R. Förster im sächs. Arch. Bd. 12 S. 136. Vgl. auch Kohler am oben S. 258 Anm. 1 a. O.

[1]) Von der Bestellung eines Testamentsvollstreckers durch den Erben kann (anders noch sächs. BGB. § 2230) keine Rede sein.

[2]) Gegenstand einer erbvertragsmäßigen Verfügung kann die Testamentsvollstreckung nicht sein (§ 2278), d. h. hinsichtlich der Testamentsvollstreckung kann sich der Erblasser nicht durch Erbvertrag binden (die in der DJZ. 1901 S. 308 mitgeteilte RGE. v. 7. März 1901 bezieht sich auf die Berufung von Testamentsvollstreckern in einem altrechtlichen preuß. Erbvertrag). Wohl aber kann die Ernennung eines Testamentsvollstreckers vom Erblasser als letztwillige Verfügung auch in einem Erbvertrag ausgesprochen werden (§ 2299). Ein zwischen dem Erblasser und dem als TV. Erkorenen in Bezug auf die Testamentsvollstreckung geschlossener Vertrag ist nicht geeignet, die testamentarische Anordnung der Testamentsvollstreckung zu ersetzen und vermag auch nicht die Pflicht des testamentarisch zum Vollstrecker Bestellten zur Übernahme der Vollstreckung zu begründen. Die gegenteilige Meinung (sie wird von Planck-Ritgen Erl. 2b zu § 2202 vertreten) steht im Widerspruch mit der Natur der Testamentsvollstreckung als eines Vertrauensamtes, das diesen Charakter mit dem Augenblick verlieren würde, in welchem seine Übernahme im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung erzwungen werden wollte. Aus demselben Grunde kann eine wirksame Verpflichtung zur Übernahme des Vollstreckeramtes auch durch einen zwischen dem zum Vollstrecker Ernannten und einem Nachlaßbeteiligten (etwa dem Erben) geschlossenen Vertrag, oder durch eine dem ernannten Testamentsvollstrecker in Verbindung mit einer Zuwendung gemachte und auf Übernahme des Amtes gerichtete Auflage nicht begründet

Digitized by Google

ordnungen grundsätzlich (§ 2085) nicht bedingt. Die Testamentsvollstreckung setzt insbesondere nicht einen Testamentserben voraus, für sie ist auch Raum bei eintretender gesetzlicher Erbfolge. Zur Vollstreckung kann der Erblasser nicht nur einen, sondern auch mehrere Personen berufen. Die Beifügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen ist zulässig, möglich ist auch eine Ersatzberufung. Die Bestimmung der Person des Vollstreckers kann vom Erblasser nicht nur selbst getroffen, sondern auch einem Dritten oder dem Nachlaßgericht überlassen werden.[3]) Die Ausübung des Bestimmungsrechtes des Dritten, das mit Ablauf der ihm auf Antrag eines Beteiligten[4]) werden. Als unwirksam muß ferner die in einem zwischen dem Erblasser und dem als Vollstrecker Erkorenen geschlossenen Vertrage für den Fall der Nichtübernahme der Vollstreckung getroffenen Abrede einer Vertragsstrafe angesehen werden (§ 344). Als unbedenklich zulässig ist dagegen zu betrachten: 1. Ein von dem als Vollstrecker Ernannten mit dem Erblasser, oder nach dem Erbfall mit einem Nachlaßbeteiligten geschlossener Vertrag (Garantievertrag), wodurch sich jener für den Schaden haftbar erklärt, der infolge der Nichtübernahme des Amtes dem Erben oder einem Vermächtnisnehmer erwachsen würde. Ein auf die Übernahme einer solchen Haftung gerichteter Vertragswille ist aber im Zweifel doch wohl nicht anzunehmen. 2. Eine Zuwendung an den ernannten Vollstrecker unter der Bedingung der Übernahme des Vollstreckeramtes durch den Bedachten. In diesem Sinne wird eine Zuwendung in Verbindung mit der vorerwähnten Auflage regelmäßig umzudeuten sein. 3. Wird landesgesetzlich gewissen Personen (z. B. den Notaren) die Übernahme einer Testamentsvollstreckung im Interesse der Beteiligten als Amtspflicht (öffentlichrechtliche Pflicht) auferlegt, so kann sich aus der Nichterfüllung dieser Pflicht allerdings eine Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz nach § 839 ergeben. Vgl. auch Planck-Ritgen a. a. O.

[3]) Hierin liegt eine bemerkenswerte Abweichung von der Regel des § 2065.

[4]) Als Beteiligte sind gewiß anzusehen: der Erbe (auch der Nacherbe), ein Mitvollstrecker, Vermächtnisnehmer und die zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage berechtigten Personen. Auch ein gewöhnlicher Nachlaßgläubiger, der nicht Vermächtnisnehmer ist? Das ist mit Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2198 gegen Wilke S. 196, der abgesehen von den früher genannten Personen nur noch den Pflichtteilsberechtigten als Beteiligten gelten lassen will, zu bejahen. Es ist sogar zu behaupten, daß Nachlaßgläubiger, deren Forderungsrecht nicht in der Gewährung des Pflichtteilsbetrags besteht, an der Erledigung insofern noch mehr beteiligt sind als Pflichtteilsberechtigte, weil sie sich, wenn es zur Testamentsvollstreckung kommt, ein Vorgehen gegen die Person des Erben meist ganz ersparen können (vgl. § 2213 und § 748 CPO.).

Digitized by Google

vom Nachlaßgericht[5]) erteilten Frist erlischt,[6]) erfolgt durch eine in öffentlich beglaubigter Form[7]) dem Nachlaßgericht gegenüber abzugebende Erklärung. Hatte der Erblasser das Nachlaßgericht um die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ersucht, so hat dieses seine Ernennungsbefugnis nach pflichtmäßigem Ermessen (also ohne von ihr unbedingt Gebrauch machen zu müssen) auszuüben.[8]) Bevor es von der Ermächtigung Gebrauch macht, soll es, sofern und soweit dies ohne erheblichen Verzug und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann, die Beteiligten hören.[9]) Auf Grund der vom Erblasser letztwillig erteilten Ermächtigung kann endlich auch der als Testamentsvollstrecker Ernannte einen oder mehrere Mitvollstrecker oder sich selbst einen Nachfolger ernennen; die Ernennung hat in diesem Falle in gleicher Weise stattzufinden, wie die Ernennung des Vollstreckers durch einen bestimmungsberechtigten Dritten. Vgl. §§ 2197 bis 2200.

Die Ernennung des Testamentsvollstreckers ist unwirksam, wenn dieser zur Zeit, zu welcher er sein Amt anzutreten hat,[10]) geschäfts-

---

[5]) Vgl. § 80, 20 FGbG.

[6]) Infolgedessen kommt es, soweit der Erblasser eine weitere Fürsorge nicht getroffen hat, überhaupt nicht zur Testamentsvollstreckung.

[7]) Maßgebend ist also die Form des § 129. Nicht erforderlich ist gerichtliche oder notarielle Beglaubigung.

[8]) Nach § 81 FGbG. findet gegen eine Verfügung, durch die von dem Nachlaßgericht ein Testamentsvollstrecker ernannt wird, die sofortige Beschwerde statt. Für den Ernannten ist übrigens das Beschwerderecht aus dem Grunde praktisch bedeutungslos, weil er das Amt überhaupt nicht zu übernehmen braucht (§ 2202 Abs. 1). Gegenüber der die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ablehnenden Entscheidung hält Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2200 die hierbei allein in Betracht kommende einfache Beschwerde für unzulässig, weil es an einem zu ihrer Einbringung Berechtigten immer fehle. Allein dies geht doch wohl zu weit; man denke z. B. nur an den Fall des § 2223. Über den Fall, daß die vom Nachlaßgericht ausgesprochene Ernennung eines Testamentsvollstreckers vom höheren Gericht aufgehoben wird, vgl. § 32 FGbG.

[9]) Vgl. auch §§ 78, 85 FGbG.

[10]) Wilke S. 198 und Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2201 betrachten ungeachtet des im Texte hervorgehobenen Gesetzeswortlauts für die Beurteilung der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Ernennung des Testamentsvollstreckers den Zeitpunkt der Erklärung der Annahme (vorausgesetzt, daß diese nicht verspätet erfolgt ist) bzw. das Ende der vom Erblasser oder vom Nachlaß-

Digitized by Google

unfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder nach § 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten[11]) einen Pfleger erhalten hat (§ 2201). Frauenspersonen können als Testaments-

---

gericht bestimmten Annahmefrist für maßgebend. Hiergegen ergeben sich aber folgende Bedenken: 1. Bevor das Nachlaßgericht dem zum Vollstrecker Ernannten auf Antrag eines Beteiligten eine Frist zur Erklärung bestimmt, muß es sich offenbar darüber klar werden, ob die Ernennung des Vollstreckers überhaupt als wirksam oder doch wenigstens als eine solche, die Wirksamkeit noch gewinnen kann, zu behandeln ist. Als völlig sicher darf insbesondere bezeichnet werden, daß das Nachlaßgericht die Bestimmung einer Frist abzulehnen hat, wenn hinsichtlich des Ernannten zur Zeit die im § 2201 bezeichneten Verhältnisse obwalten (vgl. übrigens auch § 131). 2. Aus der Erklärung des Erblassers kann deutlich hervorgehen, daß seine auf Einsetzung einer Testamentsvollstreckung gerichtete Absicht an einem vorübergehenden Hindernis in der Person des zum Vollstrecker Ernannten nicht scheitern soll (man denke z. B. an die Möglichkeit, daß der Erblasser das Nachlaßgericht in Ansehung der Zwischenzeit zur Ernennung eines Ersatzvollstreckers ermächtigt hat). Ist das anzunehmen, so wird das Nachlaßgericht dem als Vollstrecker Ernannten eine Frist zur Annahme nach Maßgabe des Abs. 3 von § 2202 erst nach Wegfall des in Betracht kommenden Hindernisses zu bestimmen haben. Eine in solchem Falle vom Erblasser selbst bestimmte Frist kann doppelte Bedeutung haben. Zunächst die, daß die Ernennung unwirksam sein soll, wenn das Hindernis vor Ablauf der Frist nicht behoben ist, oder die, daß die wirksame Annahme vor Ablauf der Frist erfolgen muß. 3. Ist der Ernannte zur Zeit der von ihm erklärten Annahme unfähig Vollstrecker zu sein, so darf aus der selbstverständlichen Unwirksamkeit dieser Erklärung noch nicht der Schluß auf die Unwirksamkeit der Ernennung des Vollstreckers gezogen werden. Denn soweit die unter Z. 2 erwähnte Annahme begründet ist, muß es zulässig sein, daß der Ernannte seine Annahmeerklärung nach Beseitigung des Hindernisses wirksam abgibt. 4. Ist für die Erklärung der Annahme durch den Ernannten eine vom Erblasser oder vom Nachlaßgericht bestimmte Frist maßgebend, die Abgabe der Erklärung vor Ablauf der Frist aber unterblieben, so bedarf es einer Feststellung des Umstandes, ob der Ernannte am Ende der Frist die Fähigkeit zum Vollstreckeramt hatte oder ob sie ihm fehlte, aus dem Grunde nicht, weil die Ernennung des Vollstreckers dann jedenfalls bedeutungslos geworden ist. War die vom Nachlaßgericht vorgenommene Fristbestimmung aber (weil vorher erst noch der Wegfall eines vorläufigen Hindernisses in der Person des Vollstreckers abgewartet werden mußte) unzulässiger Weise erfolgt, so kann das Vorhandensein dieses Hindernisses beim Ende der Frist die Wirksamkeit der Ernennung noch nicht ausschließen.

[11]) Nicht unwirksam ist die Ernennung desjenigen zum Testamentsvollstrecker, welchem nach § 1910 lediglich für seine persönlichen Angelegenheiten oder für eine einzelne Vermögensangelegenheit ein Pfleger bestellt worden ist.

Digitized by Google

vollstrecker ernannt werden, und selbst juristische Personen[12]) sind von der Testamentsvollstreckung nicht ausgeschlossen.[13])

Der wirksam als Testamentsvollstrecker Ernannte kann sich über die Annahme oder Ablehnung des Amtes erst nach dem Erbfall und nur dem Nachlaßgericht gegenüber[14]) erklären. Eine gesetzliche Verpflichtung des Ernannten zur Übernahme des Amtes besteht nicht; doch kann ihm das Nachlaßgericht auf Antrag eines Beteiligten[15]) eine Frist zur Erklärung mit der Wirkung bestimmen,[16]) daß das Amt als abgelehnt zu gelten hat, wenn die Annahme nicht vor Ablauf der Frist erklärt wird. Die vom Ernannten unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegebene Annahme oder Ablehnung ist unwirksam.

Mit dem Zeitpunkte, in welchem der Ernannte annimmt,[17])

---

[12]) Ausgeschlossen ist jedoch eine Behörde als solche. Doch wird die Bezeichnung einer Behörde, z. B. des Stadtmagistrats, des akademischen Senats unter Umständen als Ernennung derjenigen Korporation betrachtet werden dürfen, deren Organ sie ist. In diesem Sinne dürfte auch die Ausführung von Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2197, Erl. 1 z. § 2198 zu verstehen sein. Als möglich ist auch anzusehen, daß der jeweilige Träger einer amtlichen Stellung, z. B. der Rektor einer Universität mit der Testamentsvollstreckung betraut wird.

[13]) Kann der Erbe zugleich auch Testamentsvollstrecker sein? Die Frage ist nicht unbedingt zu verneinen. Als möglich ist insbesondere zu betrachten die Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker bezüglich des Erbteils eines anderen Miterben, oder auch die Ernennung eines Miterben, ja selbst des Alleinerben zum Zwecke der Sorge für die einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen (vgl. § 2223). Als ausgeschlossen ist aber anzusehen die Ernennung des Erben zum Testamentsvollstrecker, auf daß er in der letzteren Eigenschaft den Zugriff seiner persönlichen Gläubiger auf Nachlaßgegenstände abwehren könne. Die Anordnung einer solchen Testamentsvollstreckung würde, weil einen inneren Widerspruch in sich enthaltend, unwirksam sein. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2197 gegen die abweichende Meinung von Cosack II § 396 bei Anm. 15.

[14]) Die Möglichkeit einer Annahme durch tatsächliche Führung der Vollstreckungsgeschäfte ist ausgeschlossen.

[15]) Vgl. hierzu oben Anm. 4.

[16]) In betreff der gegen die Fristverfügung zulässigen sofortigen Beschwerde vgl. § 81 FGbG. Lehnt das Nachlaßgericht die Fristverfügung ab, so ist auch hier § 20 FGbG. maßgebend.

[17]) Eine zur Testamentsvollstreckung berufene Ehefrau bedarf zur Annahme des Amtes nicht der Zustimmung ihres Ehemanns (vgl. § 1399 Abs. 1); doch dürfte eine Kündigung des Ehemanns nach Maßgabe des § 1358 für zulässig

Digitized by Google

beginnt[18]) sein Amt als Testamentsvollstrecker.[19]) Für dessen Führung kann er, sofern der Erblasser ein anderes nicht bestimmt hat, eine angemessene Vergütung[20]) verlangen;[21]) über ihre Höhe entscheidet im Streitfall nicht das Nachlaß-, sondern das Prozeßgericht.[22]) Vgl. §§ 2202, 2221.

II. Das Amt des Testamentsvollstreckers[23]) wird beendigt:[24])

1. Durch dessen Tod,[25]) oder wenn nachträglich ein Fall eintritt,[26]) der, wenn schon früher vorhanden gewesen, die Ernennung nach § 2201 unwirksam gemacht hätte (§ 2225).

---

zu erachten sein. Die Meinungen sind übrigens geteilt. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2202.

[18]) Hat der Ernannte zum Bereiche der Testamentsvollstreckung gehörende Rechtsgeschäfte vor Beginn seines Amtes als Vollstrecker vorgenommen, so kann er sie nach Beginn seines Amtes (vgl. auch § 108 Abs. 3) nach Maßgabe der §§ 177, 180 (also nicht bloß obligatorische und dingliche Verträge wie Planck-Ritgen Erl. 5 zu § 2202 anzunehmen scheint, sondern unter Umständen auch einseitige Rechtsgeschäfte) durch Genehmigung wirksam machen. Die Voraussetzungen für ein nach Annahme des Amtes von selbst eintretendes Wirksamwerden der vor dem Beginn des Amtes getroffenen Verfügungen nach § 185 Abs 2 liegen dagegen nicht vor (vgl. auch Planck-Ritgen a. a. O.).

[19]) Zu seiner Legitimation erhält der Vollstrecker auf seinen Antrag nach Maßgabe des § 2368 ein Vollstreckerzeugnis. Vgl. darüber § 69 d. D.

[20]) Ob und inwieweit in einer dem Testamentsvollstrecker gemachten vermächtnisweisen Zuwendung die Gewährung einer solchen Vergütung erblickt werden darf, ist nach Maßgabe der Umstände zu entscheiden. Ihre Würdigung kann möglicherweise auch dahin führen, daß der Vergütungsanspruch durch die Annahme der Zuwendung nicht ausgeschlossen sein soll.

[21]) Der Vergütungsanspruch ist im Nachlaßkonkurs nach K. O. § 224 Z. 6 (mit der daselbst bestimmten Einschränkung) als Masseschuld zu behandeln.

[22]) Dies ergibt sich aus dem Mangel einer besonderen gesetzlichen Vorschrift.

[23]) Die Beendigung des Amtes eines Testamentsvollstreckers führt nicht notwendig zur Beendigung der Testamentsvollstreckung überhaupt. Vgl. §§ 2197 Abs. 2, 2199 Abs. 2, 2200, 2224.

[24]) Über den Einfluß der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß auf die Stellung des Testamentsvollstreckers vgl. das IV. Hauptstück d. D.

[25]) In diesem Falle ist der Erbe des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erben desjenigen Erblassers, welcher die Testamentsvollstreckung angeordnet hatte, zur unverzüglichen Anzeige des Todes des Vollstreckers und zur Besorgung unaufschiebbarer Geschäfte nach Maßgabe der entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 673 Satz 2 verpflichtet. Vgl. § 2218.

[26]) An der hierdurch eingetretenen Beendigung wird auch dadurch nichts geändert, daß das Hindernis hinterher wieder wegfällt.

Digitized by Google

2. Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung,[27]) unter der die Ernennung erfolgt ist, oder durch Zeitablauf, wenn der Vollstrecker nur für bestimmte Zeit ernannt ist, oder wenn die auf die Testamentsvollstreckung sich beziehende Anordnung nach § 2210 unwirksam geworden ist.[28])

---

[27]) Gleichwohl gilt übrigens hier und in verwandten Fällen das Amt des Vollstreckers zu Gunsten desselben als fortbestehend, bis er von dem Eintritt des die Beendigung seines Amtes herbeiführenden Umstandes Kenntnis erlangt hat oder doch wenigstens die eingetretene Beendigung kennen muß (§§ 2218, 674); dritten Personen kommt jedoch diese Behandlung nur nach Maßgabe des § 169 zu statten. Auf den Fall der Entlassung des Testamentsvollstreckers finden die hervorgehobenen Vorschriften deshalb keine Anwendung, weil er dem im § 674 ausdrücklich ausgenommenen Falle des Widerrufs des Auftrags entspricht.

[28]) Endigt das Amt des Testamentsvollstreckers ohne weiteres auch schon dadurch, daß dieser seine Aufgaben erledigt hat? Es wird zu unterscheiden sein: Beschränkt sich die Aufgabe des Vollstreckers auf einzelne Geschäfte, durch deren Vornahme sich die Möglichkeit weiterer Vornahme erschöpft, so wird mit deren Erledigung sein Amt allerdings als beendigt gelten müssen (vgl. §§ 2222, 2223 und dazu § 1918 Abs. 3). Handelt es sich dagegen um eine Testamentsvollstreckung mit normalem oder doch annäherungsweise normalem Wirkungskreise, so wird man nicht annehmen dürfen, daß das Amt mit der Erledigung der Obliegenheiten des Testamentsvollstreckers auch schon beendet sei. Gewiß ist freilich, daß der Vollstrecker nach Erledigung seiner Obliegenheiten im Verhältnis zum Erben zu einem weiteren Eingreifen in die Verhältnisse des Nachlasses nicht mehr berechtigt ist. Hinsichtlich des dem Vollstrecker mit solchem Wirkungskreise nach Maßgabe der §§ 2205, 2207 zukommenden rechtlichen Könnens und der sich für ihn nach den §§ 2212, 2213 ergebenden Legitimation zur Führung von den Nachlaß betreffenden Prozessen läßt sich aber (soweit nicht § 2210 eingreift) dieselbe Behandlung doch wohl nicht festhalten. Anders allerdings die herrschende, insbesondere auch von Planck-Ritgen Vorbem. 1b zu § 2225 bis 2227 vertretene Meinung. Gegen diese spricht jedoch folgendes: 1. Bei der hier in Frage stehenden Art der Testamentsvollstreckung wird es oft überaus zweifelhaft sein, ob die Aufgaben des Testamentsvollstreckers wirklich bereits erledigt sind oder nicht. Es geht aber doch kaum an, daß die rechtliche Stellung dritter Personen, die, vorausgesetzt, daß das Vollstreckeramt noch besteht, mit dem Vollstrecker rechtlich zu verkehren haben, davon abhängig zu machen, ob der Vollstrecker seine Aufgabe bereits erledigt hat oder nicht. Nach der gegnerischen Ansicht würden Dritte der bezeichneten Art selbst bei der allergrößten Vorsicht, man denke insbesondere an die Prüfung des Vollstreckerzeugnisses und an die Einsichtnahme in die auf die Testamentsvollstreckung sich beziehenden Erklärungen beim Nachlaßgericht (vgl. § 2228) leicht erheblicher Schädigung ausgesetzt sein.

Digitized by Google

3. Durch dem Nachlaßgericht gegenüber erklärte Kündigung des Vollstreckers.[29]) Trotz der von ihm seiner Zeit erklärten Annahme des Amtes ist also dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit einer Zurücklegung desselben nicht entzogen. In betreff der bei der Kündigung zu nehmenden Rücksichten treffen jedoch den Testamentsvollstrecker dieselben Verpflichtungen, wie nach § 671 Abs. 2 und 3 den kündigenden Beauftragten; Nichtbeobachtung dieser Rücksichten[30]) macht den Vollstrecker daher auch dem Erben, möglicherweise aber auch einem Vermächtnisnehmer gegenüber[31]) schadensersatzpflichtig. Vgl. §§ 2226, 2219.

4. Durch Entlassung des Vollstreckers von seiten des Nachlaßgerichts.[32]) Sie kann auf Antrag eines Beteiligten[33]) ausgesprochen

---

Denn die Konsequenz der hier bekämpften Ansicht bringt es mit sich, daß das Testamentsvollstreckerzeugnis immer schon durch die bloße Erledigung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers kraftlos wird (vgl. § 2368 Abs. 3 S. 2) und zugleich, daß die Kenntnis der bereits eingetretenen Beendigung des Vollstreckeramtes durch die im § 2228 vorgesehene Akteneinsichtnahme nicht vermittelt werden kann. Kaum abzuweisen ist deshalb der Schluß, daß die Beendigung des Amtes des Vollstreckers in den hierher gehörenden Fällen nach Analogie des § 2226 erst durch Anzeige des Vollstreckers beim Nachlaßgericht oder durch auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgericht nach § 2237 ausgesprochene Entlassung erlischt. 2. Für die hier vertretene Ansicht sprechen auch die Protokolle V S. 314.

[29]) Es handelt sich hierbei nicht etwa um ein Ersuchen des Testamentsvollstreckers, daß ihn das Nachlaßgericht seines Amtes enthebe, sondern um eine wirkliche Kündigung, die schon für sich allein die Beendigung des Amtes herbeiführt. Über die Kündigung des Ehemannes, wenn eine Ehefrau Vollstreckerin ist, vgl. oben Anm. 17.

[30]) Eine weitergehende Verpflichtung zum Schadensersatz kann sich aus einer vom Vollstrecker einem Beteiligten gegenüber direkt oder indirekt übernommenen Haftung für den diesem aus der Kündigung des Vollstreckers erwachsenden Schaden ergeben. Das Recht zur Kündigung kann dagegen der Vollstrecker weder durch einseitige Erklärung, noch durch Vertrag aufgeben.

[31]) Eine Schadensersatzpflicht des Vollstreckers gegenüber anderen Personen, denen er durch sein Vorgehen z. B. nutzlose Kosten verursacht hat, kann aber sicherlich nach § 826 eintreten.

[32]) Im Falle einer von dem Nachlaßgericht gegen den Willen des Testamentsvollstreckers verfügten Entlassung steht diesem, aber auch jedem anderen, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt wird, die sofortige Beschwerde zu (§ 81 Abs. 2, § 20 FGbG.).

[33]) Vgl. oben Anm. 4.

Digitized by Google

werden, wenn ein wichtiger Grund dazu, z. B. grobe Verletzung der dem Vollstrecker obliegenden Pflichten, Unfähigkeit desselben zu ordnungsmäßiger Geschäftsführung,[34]) vorliegt. Bevor die Entlassung erfolgt, soll der Testamentsvollstrecker, wenn tunlich, gehört werden (§ 2227).

III. Die Einsicht in Erklärungen, die in betreff der vom Erblasser einem Dritten oder dem Testamentsvollstrecker selbst überlassenen Ernennung eines Testamentsvollstreckers (vgl. §§ 2198, 2199), oder in betreff der Annahme oder Ablehnung des Amtes und der Kündigung der Testamentsvollstreckung (vgl. §§ 2202, 2226) abgegeben worden sind, hat das Nachlaßgericht jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, zu gestatten (§ 2228; vgl. auch §§ 78, 85 FGbG.).

b) Wirkungskreis und Pflichten des Testamentsvollstreckers.

§ 40a.

I. Bezüglich des Wirkungskreises des Testamentsvollstreckers ist zu unterscheiden: zwischen dem vom Gesetz durch ergänzende Rechtssätze sehr umfassend ausgestalteten normalen Wirkungskreise[1]) und denjenigen Fällen, in welchen der Wirkungskreis zufolge besonderer Bestimmung des Erblassers ein noch weitergehender, oder ein eingeschränkterer, oder endlich ein besonders gearteter ist (§ 2208).

1. Regelmäßig kommen dem Vollstrecker folgende Aufgaben zu:

a) Er hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers, soweit

---

[34]) Die im Texte genannten Gründe hebt das Gesetz selbst hervor. Die Entlassung wird aber jedenfalls auch auszusprechen sein, wenn der Testamentsvollstrecker in Verschollenheit gerät. Auch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Vollstreckers kann unter Umständen dessen Entlassung rechtfertigen.

[1]) In der bisherigen Literatur unterschied man vielfach zwischen dem verwaltenden und dem beaufsichtigenden Testamentsvollstrecker. Nach dem BGB. ist der Testamentsvollstrecker mit normalem Wirkungskreise auch zur Verwaltung des Nachlasses berufen (§§ 2205, 2206). Der Erblasser kann aber den Testamentsvollstrecker auch auf eine bloß beaufsichtigende Tätigkeit beschränken. Auf eine eingehende Normierung der Stellung eines solchen Testamentsvollstreckers hat das Gesetz jedoch verzichtet.

Digitized by Google

sie wirksam sind,[2]) zur Ausführung zu bringen,[3]) also insbesondere für die Erfüllung oder Sicherstellung von Vermächtnissen und Auflagen[4]) und für die Verwirklichung einer vom Erblasser letztwillig angeordneten Stiftung zu sorgen (§§ 2203, 2217, 83). Zur authentischen Auslegung des Testaments ist der Testamentsvollstrecker nicht berufen. Soweit jedoch der Erblasser die Bestimmung oder das billige Ermessen eines Dritten für maßgebend erklären kann, kann er die Entscheidung auch dem Testamentsvollstrecker überlassen,[5]) und nach Maßgabe der für die Beurteilung der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel überhaupt maßgebenden Grundsätze kann der Erblasser

---

[2]) Zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen ist der Testamentsvollstrecker im allgemeinen nicht befugt; vgl. jedoch auch unten § 41 d. D. Ist die Wirksamkeit einer für den Testamentsvollstrecker in Frage kommenden letztwilligen Anordnung zweifelhaft oder sind Testamentsvollstrecker und derjenige, zu dessen Lasten die Ausführung der Anordnung erfolgen würde, hinsichtlich deren Wirksamkeit verschiedener Meinung, so kann sich der Vollstrecker die verantwortungsfreie Ausführung der Anordnung im Wege der Feststellungsklage gegen den durch die Anordnung Betroffenen sichern und kann andererseits der letztere, soweit die prozessualen Voraussetzungen dafür vorhanden sind, gegen den Vollstrecker auf Feststellung der Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung oder wohl auch geradezu auf Unterlassung der Ausführung klagen (vgl. auch Protokolle V S. 270 und Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2203). Hierbei muß übrigens doch noch immer mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß derjenige, welchem die in Frage stehende letztwillige Verfügung zum Vorteil gereicht, nach Maßgabe des § 2213 gegen den Testamentsvollstrecker auf Erfüllung klagen kann und daß das in diesem Prozesse ergehende Urteil nach § 327 Abs. 2 CPO. auch gegen den Erben wirkt. Stellt sich eine vom Testamentsvollstrecker ausgeführte letztwillige Anordnung hinterher als unwirksam heraus, so kann nach allgemeinen Grundsätzen Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden. Über die möglicherweise eintretende Haftung des Testamentsvollstreckers vgl. § 2219 und die weitere Ausführung des Textes.

[3]) Um dieser Aufgabe gerecht werden zu können, wird ein Testamentsvollstrecker, der von seiner Ernennung Kenntnis hat und das Amt übernehmen will, sich ehetunlichst beim Nachlaßgericht melden uud die Testamentseröffnung betreiben müssen.

[4]) Dies gilt auch für solche Beschwerungen, die nicht dem Erben, sondern einem Vermächtnisnehmer auferlegt sind.

[5]) Vgl. z. B. §§ 2048, 2151, 2153 bis 2156, 2192, 2193, aber auch § 2056. Über die hierdurch gegebenen Schranken kann sich der Erblasser auch durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht hinwegsetzen.

Digitized by Google

dem Testamentsvollstrecker auch eine schiedsrichterliche Stellung zuweisen.[6])

b) Bei Vorhandensein mehrerer Erben hat der Testamentsvollstrecker unter ihnen nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften (vgl. §§ 2042 bis 2056) die Auseinandersetzung zu bewirken;[7]) vor der Ausführung des Auseinandersetzungsplans soll er aber doch die Erben hören (§ 2204).

c) Er hat, solange die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben es erfordert,[8]) den Nachlaß zu verwalten, ist berechtigt, die zum Nachlaß gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen,[9]) und im allgemeinen auch mit der rechtlichen Macht[10]) ausgerüstet,[11]) über die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände[12]) mit Ausschluß des Erben (§ 2211) zu verfügen.[13]) Unentgeltliche Verfügungen kann

---

[6]) Vgl. oben § 23 Anm. 4 (S. 123).

[7]) Genaueres darüber unten § 65 d. D.

[8]) Ein weitergehendes selbständiges Verwaltungsrecht kann dem Vollstrecker jedoch nach § 2209 zukommen. Das dem Vollstrecker mit normalem Wirkungskreis zukommende Verwaltungsrecht ist nur Mittel zum Zwecke.

[9]) Von selbst geht also der Besitz auf den Testamentsvollstrecker nicht über. Zur Ergreifung des Besitzes von tatsächlich zum Nachlaß gehörenden Sachen, deren Besitz der Erbe noch nicht ergriffen hat, ist der Testamentsvollstrecker derart berechtigt, daß er sich hierdurch dem Erben gegenüber keiner verbotenen Eigenmacht schuldig macht. Soweit dagegen der Erbe den Besitz von Nachlaßsachen bereits ergriffen hat, kann der Vollstrecker auf Grund der Bestimmung des § 2205 Herausgabe des Besitzes verlangen. Durch seinen unmittelbaren Besitz vermittelt der Vollstrecker dem Erben mittelbaren Besitz (§ 868). In betreff des von ihm bereits erworbenen Besitzes an Nachlaßsachen ist der Vollstrecker besitzrechtlich geschützt u. zw. auch dem Erben gegenüber.

[10]) Darüber, daß sich der Testamentsvollstrecker durch die Art der Ausübung der ihm anvertrauten Rechtsmacht verantwortlich machen kann, vgl. § 2219 und dazu unten II Z. 5 (S. 284).

[11]) In betreff der formellen Legitimation des TV. zu Verfügungen, die mit Eintragungen in das Grundbuch oder in das Schiffsregister verbunden sind, vgl. §§ 36, 41 GBO. und § 107 FGbG.

[12]) Das einem Miterben nach § 2033 zukommende Recht zur Verfügung über seinen Anteil am Nachlaß bleibt durch die Testamentsvollstreckung völlig unberührt und kann vom Vollstrecker nicht ausgeübt werden. Anders verhält es sich dagegen mit der Verfügung über einen zum Nachlaß gehörenden Miterbenanteil; hier greifen die §§ 2205 und 2211 allerdings durch.

[13]) Der Vollstrecker kann darnach — unbeschadet seiner Verantwortlichkeit — Nachlaßgegenstände veräußern und belasten, Nachlaßforderungen kündigen, einziehen, aufrechnen u. drgl. Auch die Geltendmachung von zum Nachlaß

Digitized by Google

er jedoch nur treffen, soweit sie einer sittlichen oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Vgl. § 2205.[14]) Aus seinem Rechte zur Verwaltung des Nachlasses[15]) ergibt sich für den Testamentsvollstrecker auch eine weitgehende Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß und zwar nach doppelter

---

gehörenden Anfechtungsrechten ist hierher zu rechnen. Durch die vorhergehende Inbesitznahme des Nachlasses ist die Ausübung der dem Vollstrecker zukommenden Verfügungsmacht nicht bedingt.

[14]) Wie verhält es sich mit der Annahme oder Ausschlagung einer zum Nachlaß gehörenden Erbschaft oder eines solches Vermächtnisses? Ist hierzu der TV. oder nur der Erbe berufen? Frommhold S. 197 und Planck-Ritgen Erl. 5 zu § 2205 entscheiden sich unter Berufung auf § 9 KO. schlechthin für das letztere. Diese Beweisführung ist aber nicht durchschlagend. Denn wenngleich angenommen werden muß, daß § 9 KO. sich auch auf den Fall des hinsichtlich des Nachlasses, zu dem eine noch nicht angenommene Erbschaft oder ein solches Vermächtnis gehört, eröffneten Nachlaßkonkurses bezieht (vgl. hierzu besonders Protolle V, S. 766), so liegen die Verhältnisse bei der Testamentsvollstreckung doch anders. Der TV. ist Vertrauensmann des Erblassers nnd soll die Absichten des letzteren selbst gegen den Willen des widerstrebenden Erben zur Geltung bringen. Man denke dabei noch insbesondere an die Möglichkeit, daß der Erblasser eine ihm angefallene aber noch nicht angenommene Erbschaft oder ein solches Vermächtnis einem anderen vermächtnisweise zuwendet. Soll hier dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit der Ausführung der letztwilligen Anordnung wirklich dadurch entzogen werden können, daß der Erbe ausschlägt? Die vorerwähnte Frage dürfte daher dahin zu beantworten sein, daß die bezeichneten Befugnisse dem TV. (mit Ausschluß des Erben) wenigstens zustehen können und insoweit auch zustehen, als bei freier Würdigung der Sachlage nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Aus den gleichen Gründen scheint dem TV. auch die Befugnis zum Widerruf einer vom Erblasser gemachten Schenkung nach § 530 Abs. 2 nicht schlechthin abgesprochen werden zu können. Vgl. aber auch Brettner S. 223 und Planck-Ritgen a. a. O.

[15]) Ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, ist nach § 991 CPO. auch zum Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Ausschließung von Nachlaßgläubigern auf Grund des § 1970 BGB. und nach § 217 KO. zu dem Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses berechtigt; nach Maßgabe des § 175 d. Ges. üb. d. Zwangsversteigerung u. d. Zwangsverwaltung kann er ferner, wenn ein Nachlaßgläubiger für seine Forderung ein Recht auf Befriedigung aus einem zum Nachlaß gehörenden Grundstück hat, die Zwangsversteigerung dieses Grundstücks beantragen. Zur Stellung des Antrags auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung ist der TV. nicht berufen. Über die von Jacubetzky a. a. O. angeregte Frage, ob auf Antrag des TV. ein Erbschein auszustellen ist, vgl. § 67 d. D.

Digitized by Google

Richtung hin: einmal, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist,[16]) sodann aber auch insoweit, als er die Verbindlichkeit zu einer Verfügung eingeht, zu deren Vornahme er auch ohne vorangegangene Verbindlichkeit berechtigt ist.[17]) Zum Zwecke seiner besseren Legitimation gegenüber dritten Personen[18]) kann der Testamentsvollstrecker[19]) sogar verlangen, daß der Erbe ihm zur Eingehung von Verpflichtungen der bezeichneten Art die Einwilligung erteile. Materielle Bedeutung kann dieser Einwilligung in zweifacher Weise zukommen. Zunächst insofern, als der Erbe die Wirksamkeit der mit seiner Einwilligung eingegangenen Verbindlichkeiten durch Bestreitung der Legitimation des Testammentsvollstreckers nicht mehr in Frage stellen kann, außerdem aber auch noch nach der Richtung hin, daß die vom Erben vorbehaltlos erteilte Einwilligung dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich[20]) jede Verantwortlichkeit dem Erben gegenüber wegen der eingegangenen Verbindlichkeit abnimmt. Aus den vom Testamentsvollstrecker innerhalb der Grenzen seiner Kontrahierungsbefugnis, sei es mit, sei es ohne Einwilligung des Erben, für den Nachlaß eingegangenen Verpflichtungsgeschäften entstehen Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967, für die der

---

[16]) Wenn Planck-Ritgen Erl. 2a zu § 2206 (vgl. auch Frommhold S. 197) in Verbindung hiermit die Frage behandelt, ob der TV. zur Ausfüllung eines dem Erblasser seinerzeit gegebenen Wechselblanketts berechtigt ist, so scheint er zu übersehen, daß man hierbei normalerweise an Fälle zu denken hat, in denen für den Nachlaß infolge der Ausfüllung des Blanketts eine Wechselberechtigung und nicht eine Wechselverpflichtung eintritt.

[17]) Geht das Verpflichtungsgeschäft über dieses Maß hinaus, so ist es für den Nachlaß nur soweit verbindlich, als es zu dessen ordentlicher Verwaltung erforderlich war.

[18]) Liegt die Einwilligung des Erben nicht vor, so läuft nämlich der in Frage kommende Dritte Gefahr, dadurch Schaden zu leiden, daß der TV. die für den Dritten schwer erkennbaren Grenzen seiner Kontrahierungsbefugnis überschritten hat. In seiner Erwartung auf Entstehung eines wirksamen Gläubigerrechtes verdient der Dritte übrigens auch ohne Einwilligung des Erben dann geschützt zu werden, wenn er beim Abschluß des Vertrages nach der Sachlage zur Annahme berechtigt war, daß das Geschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich war. So auch Protokolle V S. 528, 530, 544 und Planck-Ritgen Erl. 2a zu § 2206.

[19]) Nicht auch der Dritte.

[20]) Anders kann es sich aber z. B. verhalten, wenn der Testamentsvollstrecker den Erben durch Betrug zur Erteilung der Einwilligung bestimmt hat.

Digitized by Google

Erbe[21]) daher auch nach den in betreff seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt maßgebenden Grundsätzen aufzukommen hat.[22]) Nach denselben Grundsätzen hat der Erbe dem Testamentsvollstrecker übrigens auch die Aufwendungen zu ersetzen, welche dieser zur Ausführung der ihm obliegenden Aufgaben gemacht hat und den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Vgl. §§ 2206, 2218 (670). Kraft seines Verwaltungs- und Verfügungsrechtes kann der Testamentsvollstrecker auch solche Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht auf Vermächtnissen und Auflagen beruhen, mit den Mitteln des Nachlasses wirksam erfüllen und, soweit es die Führung der ihm obliegenden ordentlichen Verwaltung erfordert, ist er zu solcher Erfüllung auch dem Erben gegenüber berechtigt und verpflichtet (vgl. aber auch §§ 2014 ff. und dazu unten 74 d. D.). Bei Vorhandensein einer Miterbengemeinschaft hat der Testamentsvollstrecker mit der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten nach Maßgabe des § 2046 vorzugehen.

2. Der regelmäßige Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers kann durch besondere Bestimmung des Erblassers

a) eine Erweiterung erfahren und zwar insbesondere in der Weise, daß der Vollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll;[23])

b) eine Einschränkung,[24]) so z. B. in der Weise, daß nur *einzelne* Nachlaßgegenstände der Verwaltung des Vollstreckers unterstehen

---

[21]) Soweit der Erbe, weil der Vollstrecker die Grenzen seiner Kontrahierungsbefugnis überschritten hat, nicht haftet, kann sich der Dritte nach Maßgabe des *entsprechend* anzuwendenden § 179 an den Vollstrecker selbst halten.

[22]) Im Nachlaßkonkurs sind die vom TV. für den Nachlaß wirksam eingegangenen Verbindlichkeiten als Masseschulden zu behandeln (§ 224 Z. 5 KO.).

[23]) Durch eine solche Erweiterung der Machtbefugnis des Vollstreckers wird übrigens an dessen Verantwortlichkeit gegenüber dem Erben nichts geändert. Mit Rücksicht hierauf hat der Vollstrecker auch hier ein Interesse, sich vor der Eingehung einer Verbindlichkeit der Einwilligung des Erben zu versichern.

[24]) Über die Berücksichtigung der Einschränkung im Testamentsvollstreckerzeugnis vgl. § 2368 und unten § 69 d. D.

Digitized by Google

sollen,[25]) oder so, daß der Vollstrecker die Verfügungen des Erblassers nicht selbst ausführen soll.[26])

Im letzterwähnten Falle ist übrigens der Vollstrecker im Zweifel doch berechtigt, die Ausführung von dem Erben zu verlangen; im Falle a) dagegen ist er ungeachtet der ihm vom Erblasser zugestandenen Erweiterung seiner Befugnisse doch nicht[27]) zur Erteilung von Schenkungsversprechen berechtigt, soweit dadurch nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Vgl. §§ 2207, 2208.

3. Besonders geartet ist der Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers in folgenden Fällen:

a) Der Erblasser kann einem Testamentsvollstrecker ohne Zuweisung sonstiger Aufgaben lediglich die Verwaltung des Nachlasses übertragen, sowie anordnen, daß dem Vollstrecker die Verwaltung auch nach Erledigung der sonstigen Aufgaben verbleiben soll.[28]) Soweit dem Vollstrecker die Verwaltung des Nachlasses in solcher Weise übertragen ist, hat man im Zweifel auch anzunehmen, daß

---

[25]) Im Falle einer solchen Beschränkung steht dem Testamentsvollstrecker das im § 2205 bestimmte Verfügungsrecht nur in Ansehung derjenigen Nachlaßgegenstände zu, welche seiner Verwaltung unterliegen (§ 2208 Abs. 1 Satz 2).

[26]) Eine bemerkenswerte Einschränkung des dem TV. zukommenden Wirkungskreises ergibt sich auch dann, wenn die Testamentsvollstreckung nur in Ansehung eines Erbteils angeordnet ist. Die von Brettner im Recht 1900 S. 321 mit Unrecht bestrittene Möglichkeit einer so gearteten Testamentsvollstreckung ergibt sich mit Sicherheit aus § 2338. In solchem Falle ist der TV. während der Dauer der Erbengemeinschaft nur zur Mitverwaltung des Nachlasses und zur Mitverfügung über Nachlaßgegenstände nach Maßgabe der §§ 2038 ff. und zur Betreibung der Auseinandersetzung berufen. Zur Verfügung (§ 2033) über den in Frage kommenden Erbteil ist der Vollstrecker auch hier nicht berechtigt. Ob dem Vollstrecker hinsichtlich derjenigen Gegenstände, die bei der Auseinandersetzung auf den Erbteil entfallen sind, ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht zukommt, ist nach Maßgabe der Sachlage zu beurteilen. Für die Ausführung letztwilliger Anordnungen des Erblassers hat endlich ein Vollstrecker der bezeichneten Art nur soweit zu sorgen, als diese in den ihm zugewiesenen Bereich fallen.

[27]) Auch sonst findet die Möglichkeit einer Erweiterung der Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers in dem vom Gesetz bestimmten Wesen des Instituts ihre unübersteigbare Schranke. Vgl. übrigens noch § 2220.

[28]) Unkonstruierbar ist die von Sekt S. 52 angenommene Möglichkeit der Anfechtung derartiger Anordnungen des Erblassers durch die Erben auf Grund des § 226.

Digitized by Google

ihm die rechtliche Macht zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten in dem oben unter Z. 2a angegebenen Maße zustehen soll.

Eine derartige Bindung des Nachlasses läßt das Gesetz jedoch nicht für unbeschränkte Zeit zu. Sie wird regelmäßig unwirksam mit Ablauf von dreißig Jahren seit dem Erbfall. Zulässig ist aber doch die Anordnung, daß die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines sonstigen die Person des einen oder des anderen betreffenden Ereignisses fortdauern soll. Ist der Erbe oder der Vollstrecker eine juristische Person und soll ein diese betreffendes Ereignis maßgebend sein, so ist die Überschreitung der dreißigjährigen Frist ausgeschlossen. Vgl. §§ 2209, 2210.

b) Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch lediglich zu dem Zwecke ernennen, daß dieser bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt (§ 2222).

c) Ein Testamentsvollstrecker kann endlich lediglich für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen bestellt werden (§ 2223).

II. Die dem Testamentsvollstrecker kraft Gesetzes obliegenden Pflichten sind folgende:

1. Unverzüglich nach Annahme seines Amtes hat er dem Erben ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten mitzuteilen und ihm die zur Aufnahme des Inventars[29]) sonst erforderliche Beihülfe zu leisten. Das mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehende Verzeichnis ist vom Vollstrecker zu unterzeichnen; auf Verlangen hat er seine Unterschrift auch öffentlich beglaubigen zu lassen. Die Aufnahme des Verzeichnisses, zu der der Erbe auf sein Begehren zuzuziehen ist, braucht nicht durch den Vollstrecker selbst zu erfolgen. Dieser ist vielmehr berechtigt und auf Verlangen des Erben sogar verpflichtet, das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch

[29]) Das vom TV. aufgenommene Verzeichnis ist übrigens noch nicht ein Inventar im technischen Sinne des § 1993. Zu dessen Errichtung ist der TV. auch nicht berufen und aus diesem Grunde kann ihm auch eine Inventarfrist (§ 1994) nicht gesetzt werden. Doch kann der Erbe das ihm vom TV. mitgeteilte und den an das Inventar im technischen Sinne gestellten Anforderungen entsprechende Nachlaßverzeichnis als Inventar beim Nachlaßgericht einreichen.

Digitized by Google

einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen zu lassen. Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen dem Nachlaß zur Last. Vgl. § 2215 und daneben auch § 260.

2. Soweit der Testamentsvollstrecker zur Verwaltung überhaupt berufen ist, hat er diese ordnungsmäßig zu führen. Hierbei sind die vom Erblasser getroffenen Anordnungen zu befolgen, soweit sie nicht auf Antrag des Vollstreckers oder eines anderen Beteiligten[30]) vom Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt worden sind. Zu solcher Entscheidung, vor der die Beteiligten, soweit tunlich, zu hören sind, ist das Nachlaßgericht[31]) nur befugt, wenn der Nachlaß durch Befolgung der Anordnungen des Erblassers erheblich gefährdet würde. Vgl. § 2216.

3. Der Vollstrecker hat dem Erben die erforderlichen Nachrichten zu geben, ihm auf Verlangen insbesondere auch Auskunft über den jeweiligen Stand der Geschäfte zu erteilen, und nach Beendigung seines Amtes Rechenschaft abzulegen. Hinsichtlich desjenigen, was er zu dieser Zeit vom Nachlaß noch in Händen hat, ist er dem Erben herausgabepflichtig. Hat er Geld, das für die Zwecke der Vollstreckung zu verwenden oder an den Erben herauszugeben war, für sich verwendet, so ist er von der Zeit der Verwendung an zur Verzinsung verpflichtet. Bei einer länger dauernden Verwaltung kann der Erbe verlangen, daß ihm jährlich Rechnung gelegt werde. Vgl. §§ 2218, 666 bis 668 und auch § 259.

4. Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, hat der Testamentsvollstrecker dem Erben auf dessen Verlangen ohne weiteres zu überlassen. Wegen Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht auf einem Vermächtnis oder einer Auflage beruhen, ja selbst wegen bedingter und betagter Vermächtnisse und Auflagen kann der Vollstrecker in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Erblassers die Überlassung der Gegenstände nicht verweigern, wenn der Erbe Sicherheit leistet.[32]) Mit der Überlassung

---

[30]) Als solcher kann hier offenbar nur ein erbrechtlich d. h. nach erbrechtlichen Grundsätzen Beteiligter in Betracht kommen.

[31]) Im Falle der Ablehnung des Antrags steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu. Gegen die dem Antrag stattgebende Verfügung kann dagegen jeder in seinem Rechte Beeinträchtigte Beschwerde führen (§§ 19, 20 FGbG.).

[32]) Die aus der Sicherheitsleistung sich ergebenden Rechte werden, wenn sie nicht unmittelbar für den in Frage kommenden Gläubiger begründet worden sind, derart als zum Nachlaß gehörend zu behandeln sein, daß der

Digitized by Google

der Gegenstände[33]) an den Erben erlischt das Recht des Vollstreckers zur Verwaltung derselben.[34]) Vgl. § 2217.

5. Wegen schuldbarer Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen haftet der Vollstrecker dem Erben und, wenn ein Vermächtnis zu vollziehen ist, auch[35]) dem Vermächtnisnehmer (§ 2219). Überläßt der Vollstrecker die Führung der ihm anvertrauten Geschäfte einem anderen, so ist zu unterscheiden: War ihm die Übertragung der Ausführung gestattet, so hat er nur ein ihm hierbei (d. h. bei der Übertragung) zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Im Zweifel ist jedoch als Wille des Erblassers anzunehmen, daß der Vollstrecker die Ausführung selbst zu besorgen habe. Trifft dies im Einzelfalle zu, so haftet er schlechthin für die nachteiligen Folgen der von ihm vorgenommenen Substitution. Für das Verschulden eines von ihm zugezogenen Gehilfen ist der Vollstrecker nach § 278 verantwortlich. Vgl. §§ 2218, 664.

6. Die in den §§ 2215, 2216, 2218, 2219 (vgl. dazu oben Z. 1, 2, 3, 5) bestimmten Verpflichtungen kann der Erblasser dem Testamentsvollstrecker nicht erlassen (§ 2220). Hierdurch nicht ausgeschlossen[36]) ist jedoch die Wirksamkeit[37]) der vom Erblasser

---

Testamentsvollstrecker sie geltend machen und der Gläubiger, in dessen Interesse die Sicherstellung erfolgt ist, nach eingetretener Vollstreckbarkeit seines Anspruchs vom Testamentsvollstrecker die Überweisung des Rechtes aus der Sicherstellung verlangen kann.

[33]) Dazu gehört übrigens bei Grundbuchobjekten auch die vorhergehende Löschung des nach § 53 GBO. vorgenommenen Vermerks.

[34]) Stellt sich hinterher heraus, daß ein dem Erben überlassener Gegenstand zur Erfüllung der Aufgaben des TV. noch erforderlich ist, so scheint dieser nach der Absicht des Gesetzes verlangen zu dürfen, daß der Gegenstand in seine Verwaltung wieder zurückgegeben werde. Daß ein in der zweiten Kommission hierauf gerichteter Antrag, ohne zur Erörterung gelangt zu sein, wieder zurückgezogen worden ist (Protokolle V, S. 543), spricht nicht dagegen. Anders freilich Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2217.

[35]) Eine unmittelbare Haftung des TV. gegenüber den Nachlaßgläubigern ist im Gesetz — soweit nicht die Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen eingreifen — nicht ausgesprochen.

[36]) Vgl. auch Wilke S. 210, der jedoch darin zu weit geht, daß er eine Herabsetzung der Haftung des TV. sogar noch unter das im § 277 (diligentia quam s. r.) bestimmte Maß für zulässig hält. Eine darauf gerichtete Anordnung des Erblassers wird doch wohl als gegen die guten Sitten verstoßend (§. 138) bezeichnet werden dürfen.

[37]) Vgl. aber auch Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2218.

Digitized by Google

getroffenen Anordnung, daß der Testamentsvollstrecker überhaupt nur für eigenes Verschulden zu haften und nur für diejenige Sorgfalt einzustehen habe, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§§ 276 bis 278).

III. Mehrere Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich.[38]) Bei Meinungsverschiedenheit[38a]) entscheidet das Nachlaßgericht. Fällt einer der Vollstrecker weg, so führen die übrigen das Amt allein. Nach allen diesen Richtungen hin kann der Erblasser aber auch ein anderes bestimmen. Zu Maßregeln, die zur Erhaltung eines der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegenden Gegenstandes notwendig sind, ist jeder Vollstrecker berechtigt.[38b]) Fällt mehreren zu gemeinschaftlicher Geschäftsführung berufenen Vollstreckern ein Verschulden zur Last, so haften sie als Gesamtschuldner. Vgl. § 2224, 2219 Abs. 2.

IV. Das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers übt einen wesentlichen Einfluß auf die Rechtsstellung des Erben und dritter Personen aus: In dieser Beziehung ist folgendes hervorzuheben:

1. Der Erbe kann über einen der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen (§ 2211). Dem entsprechend ist daher auch, wenn es zur Eintragung des Erben bei einem zum Nachlaß gehörenden und der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Grundbuchobjekte[39]) kommt, von Amtswegen zugleich auch die aus der Ernennung des Testamentsvollstreckers sich ergebende Verfügungsbeschränkung einzutragen (§ 53 GBO.). Über die rechtliche Bedeutung[40]) des im § 2111 ausgesprochenen Veräußerungsverbots ist noch zu bemerken:

---

[38]) In diesem Falle steht gegen eine Verfügung, durch die das Nachlaßgericht Anordnungen des Erblassers für die Verwaltung des Nachlasses außer Kraft setzt oder bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den TV. entscheidet, jedem TV. die Beschwerde selbständig zu (§ 82 FGbG.).

[38a]) Bezieht sich diese auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, so ist in betreff des Wirksamwerdens der nachlaßgerichtlichen Verfügung und in betreff der sofortigen Beschwerde § 82 Abs. 2 FGbG. maßgebend.

[38b]) Nach RGE. v. 28. 4. 1902, DJZ. 1902 S. 359 ist jeder von mehreren Testamentsvollstreckern insbesondere zur Einklagung einer Nachlaßforderung legitimiert, da die Feststellung einer solchen sich als eine zur Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes notwendige Maßregel darstelle.

[39]) Bezüglich des Schiffspfandrechtes vgl. § 118 FGbG.

[40]) Sie ist nach dem eigenartigen Zwecke der Vorschrift des § 2211 zu

Digitized by Google

a) Es greift nicht erst mit dem Zeitpunkte der Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker, sondern schon mit dem Erbfall[41]) ein und kommt durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben nicht in Wegfall.[42])

b) Aus § 2211 Abs. 1 in Verbindung mit § 2205 muß der Schluß gezogen werden, daß hinsichtlich der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände[43]) ein Erlöschen durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, bzw. Recht und Belastung in der Person des Erben als nicht eingetreten gilt,[44]) und daß ihm gegenüber auch eine Verfügung des Erben[45]) über einen Nachlaßgegenstand nicht nach § 185 zur Wirksamkeit gelangt.

c) Das Verbot bezieht sich nur auf Verfügungen über Nachlaßgegenstände und daher nicht auf die vom Erben hinsichtlich der Nachlaßgegenstände geschlossenen obligatorischen Verträge[46]) und auch nicht auf Verfügungen des Teilerben über seinen Anteil am Nachlaß (§ 2033), da dieser kein Nachlaßgegenstand ist.

d) Eine dem Veräußerungsverbot zuwider vorgenommene Verfügung[47]) des Erben ist nicht nichtig, sondern entbehrt nur gegen-

---

bestimmen, sodaß weder § 134 noch § 135 als schlechthin maßgebend betrachtet werden darf.

41) Dies muß aus dem Zwecke des Veräußerungsverbots geschlossen werden. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1a. E. zu § 2211.

42) § 13 KO. findet also keine Anwendung. Dies ergibt sich mit Notwendigkeit schon daraus, daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des TV. durch den Erbenkonkurs nicht berührt wird. Vgl. auch Protokolle V S. 281, 287.

43) Hierbei ist aber wohl zu beachten, daß Forderungen des Erben gegen den Erblasser zu den Nachlaßgegenständen nicht gehören.

44) Vgl. auch § 63 d. D. Gegen die über das Ziel hinausschießende Ansicht von Cosack II § 395 (VI), der dieselbe Behandlung eintreten lassen will wie im Falle der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses, vgl. Planck-Ritgen (Erl. 1 zu § 2214), der aber die im Texte berührten Punkte unerwähnt läßt.

45) In betreff der Verfügungen des Erblassers über einen dem Erben gehörenden Gegenstand bleibt es bei der Bestimmung des § 185 Abs. 2.

46) Die dem Erben aus solchen Verträgen erwachsenden Verbindlichkeiten sind aber nicht Nachlaßverbindlichkeiten. Es greift daher § 2214 ein. Recht bedenklich ist die Formulierung bei Frommhold S. 262.

47) Tatsächliche Maßnahmen des Erben (z. B. der Umbau eines der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Hauses) werden durch das Veräußerungsverbot nicht betroffen. Anders Planck-Ritgen (Erl. 1 zu § 2211),

Digitized by Google

über dem Testamentsvollstrecker und gegenüber denjenigen, für welche die Stellung des Testamentsvollstreckers maßgebend ist, der Wirksamkeit. Sie erweist sich daher als wirksam, wenn es zur Testamentsvollstreckung nicht kommt, und sie wird nicht nur durch Genehmigung des Testamentsvollstreckers (vgl. § 185 Abs. 2), sondern, dafern nur der Vollstrecker nicht in der Zwischenzeit eine entgegenstehende Verfügung getroffen hat, auch schon durch späteren Wegfall der Testamentsvollstreckung wirksam.[48])

e) Soweit Verfügungen des Erben über Nachlaßgegenstände dem Gesagten zufolge der Wirksamkeit entbehren würden, kann ihnen diese doch nach Maßgabe der entsprechend anzuwendenden (§ 2211 Abs. 2) Vorschriften über den Schutz des Erwerbs auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten zukommen.

2. Gläubiger des Erben, die nicht Nachlaßgläubiger sind, können auf der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Nachlaßgegenstände nicht zum Zwecke ihrer Befriedigung greifen (§ 2214).

3. In betreff der Geltendmachung von zum Nachlaß gehörenden Rechten und von Ansprüchen gegen den Nachlaß gilt Nachstehendes:

a) Ein der Verwaltung des Vollstreckers unterliegendes Recht[49]) kann nur von diesem[50]) gerichtlich[51]) geltend gemacht werden (§ 2212). Das in einem solchen Prozesse ergangene Urteil wirkt für und gegen den Erben (§ 327 Abs. 1 CPO.).

b) Steht dem Vollstrecker die Verwaltung des Nachlasses *nicht* zu,[52]) so ist die Geltendmachung eines gegen den Nachlaß gerichteten

---

der hierbei jedoch den wesentlichen Unterschied zwischen einem rechtlichen Nicht*können* und einem Nicht*dürfen* nicht zu beachten scheint.

[48]) Vgl. auch Protokolle V S. 286, 287 und *Planck-Ritgen* Erl. 4 zu § 2211.

[49]) Erfolgt die gerichtliche Geltendmachung eines solchen Rechtes durch den Erben, so kann es zur Hauptintervention des TV. kommen. Hauptintervention des Erben ist dagegen möglich, wenn ein vom TV. gerichtlich geltend gemachtes Nachlaßrecht der Verwaltung des Vollstreckers *nicht* unterliegt.

[50]) Das im Text Gesagte gilt auch dann, wenn dem Vollstrecker die Verwaltung des Nachlasses *überhaupt nicht* zusteht.

[51]) Dies gilt auch für die Geltendmachung des Rechtes durch Einrede oder Widerklage.

[52]) Ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des *Nachlasses* im Sinne des Textes *nicht* zusteht, ist insbesondere auch derjenige, dessen

Digitized by Google

Anspruchs nur gegen den Erben[52a]) zulässig (§ 2213 Abs. 1 Satz 2). Vgl. aber auch die Ausführung unter e.

c) Ein Pflichtteilsanspruch kann unter allen Umständen nur gegen den Erben geltend gemacht werden (§ 2213 Abs. 1 Satz 3). Vgl. aber auch hier die Ausführung unter e.

d) Abgesehen von den Fällen unter b und c können Ansprüche[53]) gegen den Nachlaß sowohl gegen den Testamentsvollstrecker[54]) als auch gegen den Erben[55]) geltend gemacht werden, jedoch mit dem Unterschiede, daß der letztere erst nach der Annahme der Erbschaft, der erstere dagegen auch schon vor diesem Zeitpunkte belangt werden kann (§ 2213 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2).

e) Das über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergehende Urteil wirkt, dafern der Vollstrecker zur Führung des Rechtsstreits berechtigt war, auch *für und gegen* den Erben.[56]) Auf Grund desselben kann der siegende Kläger nach § 748 CPO. Zwangsvollstreckung in die der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Gegenstände führen und nach § 727 CPO. kann er auch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Erben verlangen;[57]) daß die Verwaltung des Testamentsvollstreckers noch besteht, schließt die Erteilung der Ausfertigung nicht[57a]) aus (§§ 327, 728 CPO.).

Verwaltung *nur einzelne* Nachlaßgegenstände unterstehen. Die Führung der Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände ist jedoch nur nach Maßgabe von § 748 Abs. 2 CPO. zulässig.

[52a]) Vgl. aber doch auch §§ 1960, 1961.

[53]) Hierbei ist keineswegs nur an persönliche, sondern auch an dingliche Ansprüche zu denken.

[54]) Die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers bestimmt sich lediglich nach § 2213 und wird durch § 2206 in keiner Weise berührt. Anders, aber ohne Anhalt im Gesetz *Endemann* III § 54 bei Anm. 27 und *Frommhold*, S. 204.

[55]) Auf zum Nachlaß gehörende und der Verwaltung des Vollstreckers unterliegende Gegenrechte kann sich jedoch der verklagte Erbe ohne Einwilligung des Testamentsvollstreckers nicht stützen (vgl. die Ausführungen des Textes unter b).

[56]) Über die für den Erben mögliche Nebenintervention vgl. §§ 66, 69 61 CPO.

[57]) Ist der TV. passiv legitimiert, so kann sich also der Anspruchsberechtigte die Klage gegen den Erben ersparen.

[57a]) Schon hieraus allein (vgl. § 728 Abs. 2 CPO.) ergibt sich die

Digitized by Google

Das vom Dritten gegen den Erben erwirkte Urteil wirkt dagegen nicht gegen[58]) den Testamentsvollstrecker.[59]) Zur Führung der Zwangsvollstreckung über der Verwaltung des Vollstreckers unterliegende Gegenstände ist daher ein gegen den Erben ergangenes Urteil niemals genügend,[60]) sondern bedarf es, wenn zunächst nur gegen den Erben[61]) auf Leistung geklagt worden ist (§ 2213), immer noch eines gegen den Vollstrecker ergangenen Urteils auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 2213 Abs. 3 und § 748 CPO.). In dem gegen ihn zu diesem Zwecke geführten Prozesse kann der Testamentsvollstrecker von materiellen Einwendungen aller Art, auch von solchen, deren der Erbe sich nicht bedient hat, Gebrauch machen.[62])

Unhaltbarkeit der Behauptung Endemanns III S. 233, daß ein gegen den Testamentsvollstrecker geführter Rechtsstreit niemals eine Wirkung über den Umfang des Nachlasses hinaus haben könne. Die im Falle des § 728 Abs. 2 CPO. auf Grund des von einem Nachlaßgläubiger gegenüber dem Testamentsvollstrecker erwirkten Urteils stattfindende Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Erben dient vielmehr ganz besonders auch dem Zwecke, dem Nachlaßgläubiger die Führung der Zwangsvollstreckung auch in das nicht zum Nachlaß gehörende Vermögen des aus irgend einem Grunde bereits schlechthin unbeschränkt haftenden Erben zu ermöglichen. Dadurch allein freilich, daß dem Erben die Beschränkung seiner Haftung in dem gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Urteil nicht vorbehalten ist, büßt der Erbe das Recht zur Haftungsbeschränkung noch nicht ein (§ 780 CPO.).

[58]) Im Falle der Nebenintervention des T. V. greift daher auch § 69 (bzw. § 61) CPO. nicht ein.

[59]) Auf das zu Gunsten des Erben ergangene Urteil, daß ein bestimmter Anspruch gegen den Nachlaß nicht begründet ist, kann sich der T.V. aber allerdings berufen. Denn andernfalls würde der Erbe für diesen Anspruch mit den der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenständen unter Umständen doch aufkommen müssen.

[60]) Mit Rücksicht hierauf wird es für den Anspruchsberechtigten meist am zweckmäßigsten sein, den Erben und den Testamentsvollstrecker zusammen zu verklagen.

[61]) Zur Zwangsvollstreckung wegen eines Pflichtteilsanspruchs in einen der Verwaltung des T.V. unterliegenden Gegenstand ist somit ausnahmslos sowohl ein gegen den Erben als auch ein gegen den T.V. ergangenes Urteil erforderlich (§ 748 CPO.).

[62]) Auch im Falle eines Pflichtteilsanspruchs, hinsichtlich dessen der Kläger Duldung der Zwangsvollstreckung in einen der Verwaltung des T.V. unterliegenden Gegenstand verlangt, kann somit der Vollstrecker Dasein und Umfang des Anspruchs mit Erfolg bestreiten.

Digitized by Google

4. Besonderer Erörterung bedarf noch die Frage, ob und in welchem Umfange der Testamentsvollstrecker aktiv und passiv in sogenannten Erbrechtsstreitigkeiten legitimiert ist:

a) Handelt es sich um die Zugehörigkeit einer vom Erblasser definitiv erworbenen Erbschaft zum Nachlaß, so greifen die §§ 2212, 2213 unmittelbar ein. Unterliegt die als Nachlaßbestandteil zu behandelnde Erbschaft der Verwaltung des Vollstreckers, so wird dieser daher auch nach § 2212 bezüglich der Erbschaft zur Erhebung des Erbschaftsanspruchs (§ 2018) gegen einen Erbschaftsbesitzer legitimiert sein.[63]) Behauptet dagegen ein Dritter, daß eine vom Testamentsvollstrecker als Bestandteil des Nachlasses verwaltete Erbschaft ihm zugehöre, so wird er seinen Erbschaftsanspruch nach § 2213 (vgl. auch § 749 CPO.) auch gegen den Testamentsvollstrecker erheben können.[64])

b) Schwieriger ist die Entscheidung bei den auf den Nachlaß desjenigen Erblassers, auf dessen Anordnung die Testamentsvollstreckung beruht, sich beziehenden Erbrechtsstreitigkeiten.[65])

α) Wird von einem Erben geltend gemacht, daß ihm gegenüber die vom Testamentsvollstrecker in Anspruch genommene Einflußnahme (etwa nach § 2306) unzulässig sei, so ist dieser Streit gewiß zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker auszutragen.[65a])

β) Hängt die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers überhaupt, oder der Umfang seiner Befugnisse oder Pflichten (etwa hinsichtlich der Entrichtung eines Vermächtnisses, der Erfüllung einer Auflage) davon ab, daß eine bestimmte Person der Erbe ist,[66]) so kann die Frage, wer der Erbe wirklich ist, zum Inzidenzpunkt in einem zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten geführten

---

[63]) Ebenso wird zu entscheiden sein, wenn in der Person des Erblassers der im § 2031 bezeichnete Anspruch entstanden ist. Die weitere Entscheidung des Textes aber kommt zur Anwendung, wenn ein solcher Anspruch bereits gegen den Erblasser begründet war.

[64]) Vgl. zu dieser Frage auch unten § 94 b. D.

[65]) Vgl. Protokolle V S. 300 und Planck-Ritgen Vorbem. 4 zu §§ 2197 ff.

[65a]) Die Rechtsstellung eines Miterben z. B. in betreff der Wirksamkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers (vgl. § 2306) bleibt aber durch das in dem im Texte bezeichneten Prozeß ergehende Urteil unberührt.

[66]) In aller Regel ist dies übrigens nicht der Fall. Vgl. §§ 2085, 2161, 2192.

Digitized by Google

Prozesse werden.[67]) Das zwischen den Erbprätendenten über die Zuständigkeit des Erbrechts ergangene Urteil ist dem Testamentsvollstrecker gegenüber nicht entscheidend; denn sonst könnte ihm seine Stellung durch Kollusion der Prozeßparteien entwunden werden.

γ) Macht jemand, dessen Erbeneigenschaft vom Testamentsvollstrecker bestritten ist, die dem Erben nach den §§ 2217, 2218 gegen den Testamentsvollstrecker zustehenden Ansprüche geltend, so muß es dem Vollstrecker abermals gestattet sein, die Frage, ob das behauptete Erbrecht dem als Erbe Auftretenden auch zusteht, als Inzidenzpunkt zur Erörterung zu bringen. Erfüllt der Testamentsvollstrecker jedoch die bezeichneten Verbindlichkeiten gegenüber dem im Prätendentenstreit als Sieger Hervorgehenden, so kann ihn eine Haftung gegenüber den in diesem Streite Unterlegenen nicht treffen.

δ) Wie verhält es sich abgesehen von den Fällen unter a) mit dem Erbschaftsanspruch? Kann ihn der zur Verwaltung des Nachlasses berufene Testamentsvollstrecker[68]) geltend machen? Dies ist aus folgenden Gründen zu bejahen:[69]) Nach § 2212 können die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Rechte nur vom Vollstrecker geltend gemacht werden. Ist der Testamentsvollstrecker daher überhaupt zur Verwaltung des Nachlasses berufen, so kommt die Geltendmachung aller dieser Rechte grundsätzlich[70]) nur dem Vollstrecker zu. Da nun der Erbschaftsanspruch nichts weiter ist als eine eigenartige Zusammenfassung aller zum Nachlaß gehörenden Ansprüche[71]) gegen den im § 2018 bezeichneten Gegner, so kann seine Geltendmachung nicht dem Erben, sondern nur dem Testaments-

---

[67]) Das Recht des am Prozeß nicht beteiligten wahren Erben kann hierdurch selbstverständlich nicht beeinträchtigt werden; denn § 327 CPO. greift hier offenbar nicht ein.

[68]) In betreff eines anderen T.V. entfällt die Frage von selbst.

[69]) Anders freilich die Protokolle V S. 300 und die herrschende Meinung, insbesondere auch Planck-Ritgen Vorbem. 4 zu §§ 2197 ff., Erl. 2 zu § 2112. Vgl. aber dagegen Hellwig: Anspruch und Klagrecht S. 76.

[70]) Eine Abweichung tritt insoweit ein, als ein einzelner Gegenstand der Verwaltung des T.V. nicht unterliegt.

[71]) Vgl. dazu die Ausführung in § 94 d. D. Der Anspruch des Vollstreckers auf Herausgabe der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände gegen den verus heres fällt offenbar nicht unter § 2018.

Digitized by Google

vollstrecker zustehen.[72]) Damit ist zugleich auch die Legitimation des Testamentsvollstreckers zur Geltendmachung der in den §§ 2027, 2028 bestimmten Ansprüche auf Auskunftserteilung gegeben.[73])

Gegen den Testamentsvollstrecker kann der Erbschaftsanspruch abgesehen von den unter a) erwähnten Fällen gewiß nicht erhoben werden; denn er ist bei den hier in Betracht kommenden Gestaltungen offenbar kein Anspruch gegen den Nachlaß (§ 2213) und die Passivlegitimation nach § 2018 trifft somit für den Testamentsvollstrecker nicht zu.

c) Rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung.

§ 40b.

Wie man sich die Testamentsvollstreckung theoretisch zurecht zu legen habe, ist eine vielbesprochene Frage.[1]) Eine ältere Lehre hat die Erklärung aus dem Gesichtspunkte eines dem Vollstrecker vom Erblasser erteilten Auftrags zu gewinnen gesucht. Jetzt ist diese sogenannte Mandatstheorie bereits allgemein aufgegeben.[2]) Zwischen dem Rechte des Auftrags und dem der Testamentsvollstreckung bestehen nämlich in der Tat unvereinbare Gegensätze. Das Auftragsverhältnis beruht auf einem zwischen dem Auftraggeber und dem

---

[72]) Dabei wird von der Auffassung ausgegangen, daß die Frage des Erbrechts auch im Erbschaftsprozeß nur einen Inzidenzpunkt für die Entscheidung über die Herausgabepflicht des Beklagten bildet. Erfolgt aber die Abweisung des vom T.V. geltend gemachten Erbschaftsanspruchs deswegen, weil derjenige, von dessen Erbenqualität die Stellung des T.V. im konkreten Falle abhängt (vgl. aber Anm. 66), nicht der wahre Erbe sei, und dem TV. somit die Aktivlegitimation fehle, so präjudiziert dies nicht dem Erben.

[73]) Dafür auch Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2212.

[1]) Eingehendes hierüber bei Schultze: Treuhänder im geltenden Recht S. 64, 88.

[2]) Einen bedauerlichen Rückfall des BGB. in die von ihm mit Recht bekämpfte Mandatstheorie glaubt Sturm in der Schrift von 1898 S. 85 ff. darin finden zu müssen, daß nach § 2218 einzelne für den Auftrag geltende Vorschriften auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben zur entsprechenden Anwendung zu bringen sind. Dieser Tadel ist aber nicht begründet. Denn die grundsätzliche Verschiedenheit zweier Institute schließt nicht aus, daß sie doch einzelnes miteinander gemein haben. Und nur soweit dies wirklich der Fall ist, ordnet § 2218 die entsprechende Anwendung gewisser für den Auftrag maßgebenden Vorschriften auf die Testamentsvollstreckung an.

Digitized by Google

Beauftragten geschlossenen Vertrage, die Stellung des Testamentsvollstreckers auf einer letztwilligen Anordnung des Erblassers. Obschon es ferner mit dem Wesen des Auftrags allerdings verträglich ist, daß der Beauftragte das ihm aufgetragene Geschäft erst nach dem Tode des Auftraggebers auszuführen habe, so ist der Beauftragte in solchem Falle doch an die Weisungen des Erben gebunden und unterliegt der Auftrag dem beliebigen Widerrufe durch den Erben. Bei der Testamentsvollstreckung verhält es sich nach beiden Richtungen hin ganz anders. Der Testamentsvollstrecker ist Träger eines ihm vom Erblasser verliehenen, von dem Willen des Erben ganz unabhängigen und auch diesem gegenüber wirksamen Rechtes. Hiermit steht es nicht in Widerspruch, sondern vielmehr in bestem Einklang, wenn das Gesetz den Testamentsvollstrecker als Inhaber eines Amtes bezeichnet: denn mit der ihm zukommenden Fülle von Recht ist der Testamentsvollstrecker nicht um seiner selbst willen, nicht zu selbstnützigem Zwecke, sondern nur deshalb ausgerüstet, auf daß er die ihm durch das Vertrauen des Erblassers übertragenen Aufgaben unbehindert durch die dem Erben zu statten kommenden Rechtsfolgen der Gesamtnachfolge und in einer dem Erben übergeordneten Stellung mit der erforderlichen Freiheit im Sinne des Erblassers und in guten Treuen erfüllen könne.

Meinungsverschiedenheit besteht darüber, ob der Testamentsvollstrecker bei seinem rechtsgeschäftlichen und prozessualen Auftreten in fremdem oder in eigenem Namen handelt. Vom Standpunkte der ersten Auffassung ergibt sich dann wieder die Frage, wen der Testamentsvollstrecker hierbei vertritt? Folgende Meinungen sind geäußert worden:

1. Zunächst die, daß der Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erblassers auftrete; hiergegen ist einfach zu sagen, daß eine nicht mehr vorhandene Person auch nicht mehr vertreten werden kann.

2. Eine andere Ansicht will den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses[3]) angesehen wissen. Allein selbst wenn man sich über das Bedenken, daß hierbei die Vertretung von etwas angenommen wird, was weder eine natürliche noch eine juristische

[3]) Für diese Ansicht Sturm a. a. O. S. 37 und Hellwig S. 220 ff; ferner desselben Schriftstellers Rechtskraft S. 37 und dessen Lehrbuch des Civilprozeßrechts (1903) S. 301.

Digitized by Google

Person ist, hinwegsetzen wollte, so reicht doch auch diese Annahme zur Erklärung des zu Erklärenden nicht aus. Man denke dabei insbesondere an die dem Testamentsvollstrecker nach den §§ 2203, 2223 zukommende Befugnis zur Sorge für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen, ferner an die Stellung des nur zur Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände berufenen oder des nur beaufsichtigenden Testamentsvollstreckers (§ 2208 Abs. 2), oder an den Testamentsvollstrecker mit den im § 2222 bestimmten Befugnissen.

3. Es ist endlich gesagt worden, der Testamentsvollstrecker sei Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses.[4]) Allein auch dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.[5]) Denn die infolge der vom Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtshandlungen sich ergebende Gestaltung des Nachlasses ist für den Erben nicht deshalb maßgebend, weil der rechtsgeschäftliche Wille des Testamentsvollstreckers rechtlich als Wille des Erben gilt, sondern deshalb, weil dem Testamentsvollstrecker innerhalb der früher bezeichneten Grenzen die rechtliche Macht gegeben ist, in die Rechtsverhältnisse des Nachlasses ohne alle Rücksicht auf den dabei gar nicht in Betracht kommenden wirklichen oder fingierten Willen des Erben selbstbestimmend einzugreifen. Die gegenteilige Annahme einer Vertretung des Erben scheitert an der Beschaffenheit der bei der Testamentsvollstreckung sich ergebenden rechtlichen Vorgänge. Wie soll es z. B. mit dieser Annahme[6])

---

[4]) So mit klarer aber doch wohl nicht durchschlagender Begründung Jäger in seiner Schrift: Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs (1898) S. 40 Anm. 14. Für dieselbe Meinung aber auch viele Andere. Vgl. Wilke, S. 195; Hupka: Die Vollmacht (1900) S. 3; Cosack II § 392 (II). Gegen Cosack sei übrigens noch bemerkt, daß der Testamentsvollstrecker in keiner Auflage d. B. als Fiduziar bezeichnet worden ist.

[5]) Dagegen besonders Hartmann S. 8; Gierke, Verhandlungen des 21. deutschen Juristentags Bd. 3 S. 225 ff.; Sturm S. 60; Zitelmann, Recht des BGB. (Grundriß) I (1900) S. 120 und neuestens Schultze S. 65 ff.

[6]) Kein durchschlagendes Argument gegen sie ist daraus zu gewinnen, daß sich aus den vom T.V. innerhalb seiner Kontrahierungsbefugnis eingegangenen Verpflichtungsgeschäften nur Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 ergeben, während aus den vom Erben selbst eingegangenen Verpflichtungsgeschäften grundsätzlich Verbindlichkeiten entstehen, für die dieser schlechthin mit seinem ganzen Vermögen zu haften hat. Denn auch aus den von einem Nachlaßpfleger (§§ 1960, 1961) eingegangenen Verpflichtungsgeschäften ergeben

Digitized by Google

verträglich sein, wenn der Vollstrecker vom Erben nach § 2206 Abs. 2 die Erteilung der Einwilligung zur Eingehung einer Nachlaßverbindlichkeit oder nach § 2208 Abs. 2 die Ausführung einer Anordnung des Erblassers verlangt, oder sich vom Erben nach § 2217 eine Sicherheit bestellen läßt, oder wenn er, nachdem der Erbe einem klagenden Nachlaßgläubiger gegenüber zur Leistung verurteilt worden ist, der Klage des Gläubigers auf Duldung der Zwangsvollstreckung Einwendungen entgegenstellt?

Das Ergebnis ist also: der Testamentsvollstrecker handelt, wenn er als solcher auftritt, nicht in fremdem, sondern in eigenem Namen,[6a]) nicht kraft eines ihm gar nicht zukommenden Vertretungsrechtes, sondern kraft eines ihm zur Erfüllung bestimmter Aufgaben gegebenen Eigenrechtes zur rechts- und prozeßgestaltenden[7]) Einflußnahme auf eine ihm materiell fremde Interessen- und Rechtssphäre und mit Rechtswirkungen, die den an das Handeln eines gesetzlichen Vertreters sich knüpfenden zwar hier und da verwandt sind, sich mit diesen aber durchaus nicht decken.[8])

---

sich nur Nachlaßverbindlichkeiten, obschon ein solcher Pfleger hinsichtlich des Nachlasses Vertreter des Erben ist. Vgl. auch unten § 62 d. D.

[6a]) Mit diesem Auftreten des T.V. als solchen darf selbstverständlich nicht der Fall verwechselt werden, wo der T.V. nicht als solcher sondern als Privatperson in eigenem Namen auftritt. In ähnlicher Weise muß mitunter auch auf dem Gebiete des Staatsrechts unterschieden werden. Wenn der römische Volkstribun interzedierte, tat er dies sicherlich in eigenem Namen, aber er trat hierbei nicht als Privatperson, sondern als Tribun auf.

[7]) Auf die prozessualen Fragen kann hier nicht weiter eingegangen werden. Vgl. übrigens dazu Planck-Ritgen Vorbem. 2 zu §§ 2212 bis 2214, Hellwig, Anspruch S. 248, Schultze S. 84 Kohler S. 261 ff.

[8]) Diese Auffassung ist zugleich auch die herrschende. Für sie sprechen sich auch die Protokolle V S. 270 und die „Begründung" zu § 293 e (jetzt § 327) CPO., S. 52 (der Guttentag'schen Ausgabe) aus. Vgl. ferner die in Anm. 5 genannten Schriftsteller (mit Ausnahme von Sturm), sodann Marcus S. 57, Planck-Ritgen Vorbem. 2 zu §§ 2197 ff. und jetzt auch Dernburg, Bürgl. Recht I § 172. Wenn Sekt S. 20 ff. den Testamentsvollstrecker als „Organ" der rechtlich anerkannten Interessen des Verstorbenen bezeichnet, so liegt darin ein auch in dieser Darstellung (vgl. oben S. 33) gebrauchtes Bild, aber nicht wie er anzunehmen scheint, eine juristische Konstruktion. Schultze S. 73 ff. schreibt dem Testamentsvollstrecker mit normalem Wirkungskreis ein dingliches Recht am Nachlaß zu. Hiergegen spricht folgendes: 1. Dingliche Rechte im technischen S. sind nur an Sachen möglich. Zum Nachlaß gehören aber nicht nur Sachen, sondern auch andere Gegenstände und gehören im konkreten Falle Sachen

Digitized by Google

III. Unwirksamkeit und Aufhebung des Testaments.

A. Unwirksamkeit.

§ 41.

I. Dem Ausdruck Unwirksamkeit kommt in seiner Anwendung auf Rechtsgeschäfte neben einer engeren auch eine weitere Bedeutung zu. Die letztere umfaßt außer der Unwirksamkeit im e. S. auch die zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes vorhandene (also ursprüngliche), und die infolge einer wirksamen Anfechtung nach rückwärts hin (§ 142) anzunehmende Nichtigkeit. In der folgenden Darstellung ist von der ursprünglichen Nichtigkeit auszugehen.

II. Die ursprüngliche Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung kann beruhen: auf dem Mangel der vorgeschriebenen Form (§ 125), auf dem Mangel der Testierfähigkeit des Erblassers (vgl. oben § 19 d. D.), darauf, daß der Erblasser seine Erklärung im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit (§ 105 Abs. 2), oder daß er sie als eine nicht ernstlich gemeinte und in der Erwartung, es werde der Mangel der Ernstlichkeit nicht verkannt werden, abgegeben[1]) hat (§ 118), endlich auf dem

möglicherweise überhaupt nicht. 2. Das von Schultze angenommene dingliche Recht ist nicht geeignet, die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers allseitig zu erklären und erklärt insbesondere nicht die rechtliche Macht des Vollstreckers zur Eingehung von Verbindlichkeiten. 3. Dingliche Rechte an fremder Sache können fortbestehen, auch nachdem das Recht des bisherigen Eigentümers weggefallen ist. So kann z. B. der Nießbrauch fortbestehen, obschon das Eigentum des Nießbrauchbestellers infolge der Eigentumsersitzung eines anderen erloschen ist (§ 945). Hört dagegen die Zugehörigkeit einer Sache zum Nachlaß auf, so hört damit auch das Verfügungsrecht des T.V. auf. Nicht frei von Widerspruch ist die Darstellung bei Herzfelder S. 441. Daselbst wird zwar zugegeben, daß der T.V. im eigenen Namen handelt, trotzdem aber eine Vertretung des Erben durch den T.V. deshalb angenommen, weil der T.V. nach gewissen Richtungen hin zur Ausübung von Rechten und zur Erfüllung von Pflichten des Erben berufen ist. Nach dieser Auffassung würde also z. B. Vertretung der Frau durch den Mann auch dann vorliegen, wenn der Mann ein zum eingebrachten Gute der Frau gehörendes Recht nicht als deren Vertreter sondern nach § 1380 im eigenen Namen gerichtlich geltend macht!

[1]) Der im Texte hervorgehobene Fall kann mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Errichtung eines Testaments in eigenhändiger Form praktische Bedeutung gewinnen. Beispiel: Jemand hat aus Anlaß eines Gesellschaftsspiels ein

Digitized by Google

vom Gesetz für schlechthin unzulässig erklärten Inhalt der Verfügung (vgl. §§ 134, 138, 2263, 2302.)

Die Bestätigung einer wegen Formmangels, wegen des zur Zeit der Errichtung vorhanden gewesenen Mangels der Testierfähigkeit des Erblassers oder nach § 105 Abs. 2 oder nach § 118 nichtigen letztwilligen Verfügung wirkt nicht als solche, sondern nur insofern, als sie sich als neue Errichtung der Verfügung darstellt (§ 141 Abs. 1).

III. Abgesehen von den Fällen des § 105 Abs. 2 und des § 118 ist eine letztwillige Verfügung wegen sogenannter Willensmängel niemals schon von vornherein nichtig. Was zunächst die Mentalreservation und Simulation betrifft, so können die in den §§ 116 Satz 2, 117 hervorgehobenen Fälle der Nichtigkeit bei letztwilligen Verfügungen aus dem Grunde gar nicht vorkommen, weil die bezeichneten Bestimmungen sich nur auf empfangsbedürftige Willenserklärungen beziehen.[2]) Willensmängel anderer Art machen in grundsätzlicher Übereinstimmung mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 119, 120, 123 die mangelhafte letztwillige Verfügung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.[3]) Besonderes gilt für letztwillige Verfügungen[4]) jedoch insofern, daß bei ihnen die Anfechtung wegen Mangelhaftigkeit des Willens des Erklärenden in weiterem Umfange zugelassen ist als bei anderen Rechtsgeschäften.

A. Leitender Grundsatz ist, daß letztwillige Verfügungen[5]) anfecht-

---

eigenhändiges Testament errichtet und aus seiner Hand gegeben. Nach seinem bald darauf erfolgten Tode wird auf Grund dieses Testaments von dem darin Bedachten ein Anspruch erhoben. Vgl. aber auch § 2078 Abs. 3; darnach kommt demjenigen, welcher auf den Bestand der nach § 118 zu beurteilenden letztwilligen Verfügung vertraut hat, der im § 122 bestimmte Anspruch auf Vergütung des negativen Interesses nicht zu.

[2]) Ganz mit Unrecht operiert daher Endemann III § 47 Anm. 14 mit § 117.

[3]) Vgl. des Verfassers Schrift: Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im deutschen Entwurf (1892).

[4]) Dasselbe gilt übrigens auch für vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen (§ 2279).

[5]) Sind die auf die Anfechtung „letztwilliger" Anordnungen sich beziehenden Vorschriften entsprechend auch auf eine vom Erblasser in Testamentsform (vgl. § 332) getroffene Bestimmung anzuwenden, durch die er von der ihm in einem zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrage vorbehaltenen Befugnis, an Stelle des im Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen, Gebrauch macht? Das wird zu bejahen sein. Beispiel: Nachdem der Erblasser in dem

Digitized by Google

bar sind, wenn und soweit[6]) sie der wahren Absicht des Erblassers nicht entsprechen. Anfechtbarkeit ist insbesondere begründet:

1. Soweit der Erblasser das von ihm z. B. infolge Verschreibens Erklärte nicht einmal erklären wollte,[7]) oder soweit er über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war, dafern (hier wie dort) anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde (§ 2078 Abs. 1). Steht letzteres fest, so ist die Verfügung als eine der wirklichen Absicht des Erblassers widersprechende selbst dann anfechtbar, wenn erhebliche Gründe dafür sprechen, daß ein von „verständiger Würdigung des Falles" geleiteter Erblasser eine mit der Aufrechterhaltung der Verfügung sich vertragende Absicht gehabt haben würde.[8])

---

von ihm mit einer Versicherungsunternehmung abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag den X als Forderungsberechtigten bezeichnet hatte, bestimmt er in seinem Testament, daß er mit Rücksicht darauf, daß X inzwischen gestorben sei, den Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft dem Y zuwende. Stellt sich hinterher heraus, daß X zur Zeit des Erbfalls noch am Leben ist und daß sich der Erblasser somit in der für seine Anordnung maßgebend gewesenen Annahme geirrt hat, so wird also X die vom Erblasser getroffene Bestimmung nach § 2078 Abs. 2 anfechten können. Hierdurch wird die Frage nahegelegt, wie es sich mit der Anfechtung verhält, wenn die Anordnung zu Gunsten des Y vom Erblasser nicht in Testamentsform, sondern durch der Versicherungsunternehmung gegenüber abgegebene Erklärung unter Lebenden erfolgt war. Ist dann lediglich § 119 maßgebend und die Anfechtung somit ausgeschlossen oder darf man auch in diesem Falle § 2078 entsprechend anwenden? Überwiegende Gründe sprechen für die letztere Entscheidung. Vgl. übrigens auch Hellwig: Verträge S. 358.

[6]) Die Wirkung der Anfechtung reicht nicht weiter, als der Anfechtungsgrund dies verlangt: vgl. dazu die in Anm. 3 berufene Schrift S. 38 ff., aber auch die besondere Ausführung zu § 2079 S. 300 d. D.

[7]) Wie ist vorzugehen, wenn in eine letztwillige Anordnung a) eine vom Erblasser nicht gewollte Bedingung aufgenommen oder b) eine von ihm gewollte Bedingung nicht aufgenommen ist? Im Falle a) führt die Anfechtung (Boehm S. 55 scheint sie für entbehrlich zu halten) zur Behandlung der Verfügung als einer unbedingten. Im Falle b) wird unter der Voraussetzung, daß der Inhalt der vom Erblasser gewollten Bedingung mit voller Sicherheit festgestellt werden kann, die Anfechtung zur Folge haben, daß die Verfügung nur insoweit aufrecht erhalten wird, als sie dem Willen des Erblassers wirklich entspricht, d. h. als bedingte. Trifft die angegebene Voraussetzung dagegen nicht zu, so muß die angefochtene Verfügung allerdings als durchaus nichtig behandelt werden. Teilweise anders das r. R. (vgl. l. 9 §§ 5, 6 D. 28. 5).

[8]) Das im Texte Gesagte ergibt sich aus der Vergleichung von § 2078

Digitized by Google

2. Soweit der Erblasser zu seiner Verfügung lediglich durch irrige Annahmen und Erwartungen (Irrtum im Beweggrund) bestimmt worden ist, unterliegt sie gleichfalls der Anfechtung (§ 2078 Abs. 2). Hierin liegt eine doppelte Abweichung von den für Rechtsgeschäfte unter Lebenden geltenden Grundsätzen. Denn während der bloße Irrtum im Beweggrund bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden in aller Regel ganz bedeutungslos ist, unterliegt eine auf solchem[9]) Irrtum beruhende letztwillige Verfügung mit Recht der Anfechtung, und während bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ein ausnahmsweiser Fall der Anfechtbarkeit wegen eines Irrtums im Beweggrund dann gegeben ist, wenn der Erklärende zu seiner Erklärung durch arglistige Täuschung bestimmt wurde (§ 123), spielt dieser Fall bei letztwilligen Verfügungen deshalb keine besondere Rolle,[10]) weil dieselben, wenn auf einem für den Erblasser maßgebend gewesenen Irrtum im Beweggrund beruhend, schlechthin anfechtbar sind, auch wenn dieser Irrtum nicht durch eine von einem andern verübte arglistige Täuschung hervorgerufen worden ist.

Unter den Gesichtspunkt eines Irrtums im Beweggrund bringt das Gesetz (§ 2079) auch den Fall, daß der Erblasser in seinem Testament einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung nicht bekannt war oder auf dessen späteres Zuwachsen er nicht gerechnet hatte.[10a]) Die Behandlung weist jedoch folgende Beson-

---

Abs. 1 mit § 119 Abs. 1. Die in der letzteren Bestimmung a. E. vorkommenden Worte: „und bei verständiger Würdigung des Falles" sind in § 2078 Abs. 1 absichtlich weggelassen worden, und zwar mit Recht. Denn während bei Rechtsgeschäften unter Lebenden die Zulässigkeit der Anfechtung im Interesse der Verkehrssicherheit tunlichst eingeschränkt werden muß, spielt bei letztwilligen Verfügungen die Verkehrssicherheit keine Rolle; bei ihnen soll deshalb die wirkliche Absicht des Erblassers, soweit sie nicht mit zwingenden Rechtsvorschriften in Widerspruch steht, volle Berücksichtigung finden, selbst wenn sie von fragwürdiger objektiver Verständigkeit ist.

[9]) Darüber, daß man es mit einem Irrtum im Beweggrund auch dann zu tun hat, wenn die Verfügung des Erblassers auf einer die Gestaltung der Zukunft betreffenden irrigen Erwartung (§ 2078) beruht, vgl. Pernice: Labeo III, S. 75 und dazu des Verfassers Schrift über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen S. 41.

[10]) Vgl. hierzu des Verfassers mehrgenannte Schrift S. 13 ff.

[10a]) Es ist hierbei nicht nur an den Fall zu denken, daß der zur Zeit des Erbfalls dem Erblasser gegenüber Pflichtteilsberechtigte erst nach der

Digitized by Google

heiten[11]) auf: Nach der Vorschrift des § 2079 greift im Zweifel die Annahme durch, daß der Erblasser, dafern er den bezeichneten Umstand gekannt oder vorausgesehen hätte, dem Pflichtteilsberechtigten das gesetzliche Erbrecht unverkürzt belassen und deshalb so, wie er tatsächlich verfügt hat, nicht verfügt haben würde. Während also der wegen eines für den Erblasser angeblich bestimmend gewesenen Irrtums im Beweggrund Anfechtende sonst (§ 2078 Abs. 2) die vom Gegner bestrittene Kausalität dieses Irrtums darlegen muß, kommt dem Anfechtenden im Falle des § 2079 die erwähnte Annahme zu statten, und während § 2078 Abs. 2 den Umfang der Zulässigkeit und die Wirkung der Anfechtung positiv begrenzt, unterliegen nach § 2079 im allgemeinen alle Verfügungen des Erblassers der vollwirksamen Anfechtung, soweit nicht[12]) erhellt, daß der Erblasser eine dabei in Frage

---

Testamentserrichtung geboren wird, sondern auch daran, daß dieser nach der Testamentserrichtung durch Legitimation (§§ 1719, 1736) oder durch Annahme an Kindesstatt (§ 1757) oder durch nachträgliche Eheschließung mit dem Erblasser (§ 2303 Abs. 2) pflichtteilsberechtigt geworden ist. Ein Fall der zuletzt erwähnten Art liegt der RGE. v. 3. 3. 1902 Bd. 50 S. 238 zu Grunde.

[11]) Vgl. Protokolle V S. 52 ff. und Planck-Ritgen Erl. zu § 2079.

[12]) Beispiele: 1. Der Erblasser hat den extraneus E als Alleinerben eingesetzt und außerdem auch noch verschiedene Vermächtnisse und Auflagen angeordnet, seinen einzigen Sohn aber aus Irrtum übergangen. Der letztere wird hier alle Anordnungen des Erblassers mit Erfolg anfechten können. 2. Als Erben sind eingesetzt: ein Sohn des Erblassers zu 2/3 und ein extraneus zu 1/3. Aus Irrtum übergangen ist ein von der vorverstorbenen Tochter des Erblassers abstammender Enkel. Auch hier unterliegt das ganze Testament der Anfechtung. Schwierigkeiten, die sich aber lösen lassen, entstehen, wenn der Pflichtteilsberechtigte nur die Einsetzung seines Oheims, nicht auch die des extraneus ansicht. 3. Der Erblasser hat nur Vermächtnisse angeordnet. Der aus Irrtum übergangene Ehegatte, hinsichtlich dessen angenommen werden soll, daß er bei eintretender gesetzlicher Erbfolge im konkreten Falle Erbe zur Hälfte würde, ficht die Vermächtnisse an. Mit welchem Erfolge? Soweit Satz 2 von § 2079 nicht eingreift, gewiß mit dem, daß der Ehegatte den seinem Erbteil entsprechenden Anteil der Vermächtnisse nicht zu tragen hat. Wie verhält es sich aber mit den Miterben? Bleibt rücksichtlich ihrer die Beschwerung nach Verhältnis der Erbteile wirksam? Dies ist, soweit nicht besondere Gründe eine abweichende Entscheidung rechtfertigen, nach § 2079 zu verneinen. Zur Rechtfertigung dieser Behandlung kann man anführen, daß der Erblasser Vermächtnisse möglicherweise gar nicht angeordnet haben würde, wenn er gewußt hätte, daß zu den von ihm als gesetzliche Erben allein ins Auge gefaßten Verwandten zweiter Ordnung auch noch der Ehegatte als Miterbe hinzutreten würde. Die Anfechtung des Ehegatten kann also hier auch dessen

Digitized by Google

kommende Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen haben würde (vgl. Satz 2 des § 2079).

3. Anfechtbar ist eine letztwillige Verfügung endlich noch insoweit, als der Erblasser zu ihr widerrechtlich[13]) durch Drohung bestimmt worden ist (§ 2078 Abs. 2).

B. Anfechtungsberechtigt ist immer nur der nach dem Erbfall durch die Verfügung nachteilig Betroffene, also regelmäßig[14]) ein

---

nichtanfechtungsberechtigten Miterben zu statten kommen. 4. Der Erblasser hat einen extraneus als Alleinerben eingesetzt und dabei seine noch lebenden Großeltern mit Absicht, seinen Ehegatten dagegen aus Irrtum übergangen. Hier drängt sich zunächst die Erwägung auf, daß der Erblasser seine Großeltern sicherlich auch dann ausgeschlossen haben würde, wenn die irrtümliche Übergehung des Ehegatten unterblieben wäre. Die Anfechtung des letzteren wird daher nur zur Folge haben können, daß die Einsetzung des extraneus lediglich zur Hälfte wirksam bleibt, während die andere Hälfte der Erbschaft dem Ehegatten kraft gesetzlichen Erbrechts anfällt. Viel zu weitgehend werden die Wirkungen der auf Grund des § 2079 erfolgenden Anfechtung bei Wilke S. 131 (Erl. 4) bestimmt. 5. In dem vom R.G. (vgl. Anm. 10 a) entschiedenen Falle hatte der Erblasser, nachdem er auf Grund gemeinschaftlichen Testaments Erbe seiner vorverstorbenen ersten Frau geworden war, seine Wirtschafterin, für die im gemeinschaftlichen Testament zu Lasten des Überlebenden mehrere Vermächtnisse ausgesetzt waren, geheiratet. Nach des Erblassers Tode ficht die hinterlassene Witwe das Testament an und beansprucht ihren gesetzlichen Erbteil und den Voraus. Die Anfechtung wurde mit Rücksicht auf die Gesamtlage des Falles — und wohl mit Recht — für nicht gerechtfertigt erklärt. In der Begründung dürfte jedoch der Umstand überschätzt sein, daß die anfechtende Witwe im Testament nicht — wie das im § 2079 vorausgesetzt werde — „übergangen" ist. Denn bei etwas anderer Sachlage z. B. in einem Falle, wo der Erblasser jemandem, von dem er nicht weiß, daß er sein ehelicher Sohn ist und den er somit für einen extraneus hält, ein Vermächtnis aussetzt, wird kaum anzunehmen sein, daß die Bedenkung mit dem Vermächtnis die Anfechtung des Testaments durch den Sohn nach § 2079 ausschließt; denn es scheint gesagt werden zu können, daß des Sohnes als eines Pflichtteilsberechtigten trotz seiner Bedenkung im Testament doch nicht gedacht ist, und daß insofern allerdings eine Übergehung vorliegt.

[13]) Vgl. hierzu Protokolle V. S. 52 und Planck in der Festschrift für Regelsberger (1901) S. 151 ff. s. a. Kipp bei W. I. S. 357 u. III S. 237. Über einen praktischen Fall widerrechtlicher Drohung (wo die Pflegerin des hinfälligen Erblassers erklärt hatte: „wenn das Testament nicht gemacht wird, gehe sie fort") vgl. RGE. v. 27. 10. 1902 in DJZ. 1903 S. 53.

[14]) Nicht ausnahmslos. Man denke z. B. an die Anfechtung familienrechtlicher Anordnungen oder an den in Anm. 5 behandelten Fall.

Digitized by Google

Nachlaßbeteiligter, niemals der Erblasser selbst; denn für diesen kann sich infolge einer von ihm errichteten letztwilligen Verfügung nicht nur keine Gebundenheit, sondern nicht einmal eine rechtlich erhebliche Beziehung zu denjenigen Personen ergeben, die nach seinem Tode durch den Inhalt der Verfügung berührt werden. Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung durch den Erblasser ist also schon dadurch ausgeschlossen, daß es an einem dem Erblasser gegenüberstehenden Anfechtungsgegner fehlt.[15])

Als den im konkreten Falle zur Anfechtung Berechtigten bezeichnet das Gesetz im allgemeinen denjenigen, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar[16]) zu statten kommen würde (§ 2080 Abs. 1). Handelt es sich also z. B. um eine anfechtbare Erbeinsetzung, so ist nur anfechtungsberechtigt, wer im Falle erfolgreicher Anfechtung an Stelle des anfechtbar als Erbe Eingesetzten unmittelbar als Erbe in Betracht kommt.[17]) Bei einem anfechtbaren Vermächtnis

---

[15]) Daraus, daß der Erblasser *selbst* hinsichtlich einer von ihm errichteten letztwilligen Verfügung als Anfechtungsberechtigter nicht in Betracht kommt, ergibt sich der wichtige Schluß, daß derselbe auch nicht in der Lage ist, die Anfechtung durch eine nach § 144 zu beurteilende Bestätigung auszuschließen. Denn solche Bestätigung kann nur durch den *Anfechtungsberechtigten* erfolgen. Wirksamkeit kann der vom Erblasser ausgesprochenen Bestätigung nur insoweit zukommen, als in ihr in Wahrheit eine Neuerrichtung der letztwilligen Verfügung gelegen ist (vgl. auch § 141). Im Entwurf I war die hier berührte Frage zum Teile unrichtig gelöst. Verfehlt war insbesondere die von der zweiten Kommission mit Recht beseitigte Vorschrift des § 1786 Entw. I. Lesung. Vgl. dazu die in Anm. 3 berufene Schrift S. 73 ff. Trotzdem vertritt *Boehm* S. 65 Anm. 1 (obschon jetzt etwas vorsichtiger als in der 1. Auflage) auch noch für das BGB. die Ansicht, daß die Anfechtung einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung ausgeschlossen sei, „wenn der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde rechtzeitig Kenntnis erlangt, die letztwillige Anordnung aber dennoch nicht abgeändert hat." Das ist unhaltbar. Denn dasjenige, was nach *Boehm* nunmehr als unanfechtbare letztwillige Verfügung gelten soll, war zur Zeit der formgerechten Erklärung vom Erblasser nicht gewollt, und was er später vielleicht gewollt haben mag, hat er in formgerechter Weise niemals erklärt. Vgl. auch Protokolle V S. 66.

[16]) Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn der hiernach zur Anfechtung Berechtigte erbunwürdig ist. Vgl. darüber unten § 60 d. D.

[17]) *Planck-Ritgen* hält es Erl. 1b zu § 2080 für möglich, daß dieser Erbe zunächst anficht und dann durch Ausschlagung bewirkt, daß der Erfolg der Anfechtung einem eventuellen Erben zu statten kommt. Hierzu ist zu bemerken, daß in der Anfechtung normaler Weise pro herede gestio gelegen

Digitized by Google

ist folgendermaßen zu unterscheiden: Kommt der Erfolg der Anfechtung nur dem Beschwerten zu statten, so ist nur er anfechtungsberechtigt; führt die erfolgreiche Anfechtung dagegen zu einer Ersatzberufung oder zur Anwachsung an einen Mitvermächtnisnehmer, so ist nur der Ersatzberufene bzw. der Mitvermächtnisnehmer anfechtungsberechtigt.

Eine noch weiter gehende Beschränkung des Anfechtungsrechtes kann darin bestehen, daß es dem an der Aufhebung der Verfügung unmittelbar Interessierten nicht schlechthin, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung gewährt ist, daß er zugleich derjenige ist, mit Rücksicht auf welchen allein zutrifft, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage die anfechtbare Verfügung nicht angeordnet haben würde. So verhält es sich vor allem bei der nach § 2079 eintretenden Anfechtbarkeit wegen irrtümlicher Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten. Das Anfechtungsrecht ist hier nur für den zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten begründet (§ 2080 Abs. 3). War dagegen der Pflichtteilsberechtigte noch vor dem Erbfall gestorben oder hatte er nach der Errichtung der vom Erblasser getroffenen Verfügung auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet (§ 2346), so bleibt die Verfügung in Wirksamkeit, obschon es an einer anderen Person nicht fehlt, der die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zum Vorteil gereichen würde. Beispiel: Von der irrigen Voraussetzung ausgehend, daß sein vorverstorbener Sohn einen ehelichen Abkömmling nicht hinterlassen habe, setzt der Erblasser den extraneus E als Erben ein. Der zur Zeit der Errichtung der Verfügung vorhanden gewesene Enkel des Erblassers ist aber vor dem Erbfall gestorben. Steht hier dem bei eintretender gesetzlicher Erbfolge als nächstem Erben in Betracht kommenden Bruder des Erblassers und damit zugleich demjenigen, welchem nach der Lage des Falles die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zu statten kommen würde,[18]) ein Anfechtungs-

ist und durch sie daher auch nachträgliche Ausschlagung ausgeschlossen ist. Sollte aber im konkreten Falle in der Anfechtung p. h. g. nicht zu erblicken sein, so müßte sich jene hinterher als unwirksam erweisen, sobald die Ausschlagung erklärt ist.

[18]) Den hierher gehörenden Fällen wird die Ausführung von Cosack II § 350 II 1b nicht ganz gerecht. Unzutreffend ist es zunächst, wenn Cosack daselbst von dem „Erlöschen" eines noch gar nicht entstandenen Anfechtungsrechtes spricht. Kaum glücklich gewählt und teilweise unklar sind ferner die Beispiele unter III.

Digitized by Google

recht zu? Die Frage ist zu verneinen. Denn die auf § 2079 sich stützende Anfechtung soll einem anderen als dem aus Irrtum übergangenen Pflichtteilsberechtigten überhaupt nicht zustehen.[19])

Wie in dem soeben besprochenen Falle, verhält es sich auch sonst, wenn die Anfechtbarkeit lediglich darauf beruht, daß der durch einen Irrtum im Beweggrund geleitete Erblasser die von ihm wirklich getroffene Verfügung bei Kenntnis der Sachlage nur um einer bestimmten Person willen, deren Beeinträchtigung ihm ferne lag, nicht getroffen haben würde. Auch hier ist nur diese Person und auch sie nur, dafern sie den Erbfall erlebt, anfechtungsberechtigt (§ 2080 Abs. 2). Beispiel: Der Erblasser errichtet ein zweites Testament, in dem er den B als Erben einsetzt, lediglich deshalb, weil er den in seinem ersten Testament als Erben eingesetzten A irrtümlich für bereits verstorben hält. Anfechtungsberechtigt ist hier nur der A, nicht auch derjenige, an welchen die Erbschaft, abgesehen von A und B, gelangen würde.

Das in der Person des hiernach Anfechtungsberechtigten begründete Anfechtungsrecht[20]) geht, sofern es nicht vorher (z. B. durch Verzicht oder Präklusion) bereits erloschen ist, auf den Erben des Anfechtungsberechtigten über.

C. In betreff der Art der Anfechtung ist nach § 2081 in folgender Weise zu unterscheiden:

1. Die Anfechtung hat durch Erklärung des Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen:

a) Wenn durch die anfechtbare Verfügung „ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben[21]) wird" (§ 2081 Abs. 1). Man wird diese Vorschrift ausdehnend

---

[19]) Hieran ist auch dann festzuhalten, wenn und soweit der Erfolg der dem Pflichtteilsberechtigten zustehenden Anfechtung auch dritten Personen zu statten kommen würde.

[20]) Hierbei ist aber wohl zu beachten, daß ein Anfechtungsrecht vor dem Erbfall nicht begründet sein kann, und daß somit die Entstehung eines Anfechtungsrechtes in der Person desjenigen ausgeschlossen ist, welcher schon vor dem Erbfall gestorben ist.

[21]) Hat der Erblasser die wirksam erfolgte Ernennung eines Testamentsvollstreckers in anfechtbarer Weise aufgehoben, so wird, obschon der Wortlaut des Gesetzes hierfür nicht angerufen werden kann, doch angenommen werden müssen, daß das Anfechtungsrecht dem Testamentsvollstrecker zusteht.

Digitized by Google

dahin auslegen dürfen, daß das Gesetz durch sie alle Verfügungen umfaßt wissen will, welche die Berufung zur Erbfolge (also z. B. auch die Ernennung eines Nacherben, oder die Wiederaufhebung einer solchen Anordnung) oder die Testamentsvollstreckung (also z. B. auch eine Anordnung über den Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers) betreffen.

b) Dieselben Anforderungen wie in den Fällen unter a) stellt das Gesetz (§ 2081 Abs. 3) auch an die Anfechtung „einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Recht für einen anderen nicht begründet wird". Eine Verfügung solcher Art erblickt das Gesetz (mit Rücksicht auf § 1940) insbesondere in der Anordnung einer Auflage. Hierher gehört aber auch die (in anfechtbarer Weise erfolgte) Aufhebung einer angeordnet gewesenen Auflage.[22]) Desgleichen die testamentarisch getroffene rein familienrechtliche Anordnung sowie die Aufhebung derselben,[23]) und doch wohl auch die vom Erblasser ausgesprochene oder wieder zurückgenommene Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils.[24]) Unter den Wortlaut des Gesetzes

---

[22]) Hier entsteht eine der in Anm. 21 berührten verwandte Frage. Sie wird dahin zu entscheiden sein, daß zur Anfechtung derjenige berechtigt ist, der im Falle des Bestandes der Auflage ihre Vollziehung verlangen könnte. Das Anfechtungsrecht kann also unter Umständen auch dem Testamentsvollstrecker zukommen.

[23]) Vgl. auch Protokolle V S. 71. Wer aber ist hinsichtlich einer anfechtbaren rein familienrechtlichen Anordnung anfechtungsberechtigt? Man wird das (unter Umständen durch einen aufzustellenden Pfleger auszuübende) Anfechtungsrecht demjenigen zuschreiben müssen, der an der Anordnung familienrechtlich interessiert ist.

[24]) Ganz unzweifelhaft sind diese Entscheidungen freilich nicht. So könnte man vielleicht geneigt sein, zu sagen, daß durch eine vom Erblasser mit Rücksicht auf einen gesetzlich anerkannten und tatsächlich auch vorhandenen Grund (§ 2333) aber in anfechtbarer Weise erfolgte Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils eines Pflichtteilsberechtigten zwar selbstverständlich nicht ein Recht des letzteren, aber doch ein solches des Erben, der hierdurch von der Pflichtteilslast befreit wird oder doch in Ansehung derselben eine Erleichterung erfährt, begründet werde und daß somit § 2081 Abs. 3 nicht Platz greife. Die Entscheidung hängt wesentlich davon ab, unter welchen Gesichtspunkt man die anfechtbare Aufhebung einer Auflage bringt. Ist man hier der Meinung, daß die Anfechtung in gleicher Weise zu beurteilen ist, wie die Anfechtung der Anordnung einer Auflage, so wird man auch in betreff der Anfechtung der Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils nach Abs. 3 von § 2081 vorgehen müssen. Tut man aber dies, so wird dann auch die

Digitized by Google

fällt übrigens auch, zwar nicht die Anordnung wohl aber die Aufhebung eines Vermächtnisses; denn durch die letztere wird ein Recht eines anderen ebensowenig begründet, als etwa durch die Aufhebung einer Auflage. Als der Absicht des Gesetzes entsprechend wird aber eine solche Auslegung deshalb nicht angesehen werden dürfen, weil es sich wie bei der Anfechtung einer Vermächtnisanordnung so auch bei der Anfechtung der Aufhebung einer solchen Anordnung doch immer um die Existenz bzw. Nichtexistenz eines aus einer letztwilligen Verfügung angeblich erwachsenen subjektiven Rechtes handelt.[25])

Die in den Fällen a) und b) vom Anfechtungsberechtigten abgegebene Anfechtungserklärung soll das Nachlaßgericht demjenigen mitteilen,[26]) welchem die angefochtene Verfügung unmittelbar zu statten kommt; auch hat es die Einsicht der Erklärung jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht (§ 2081 Abs. 2).

2. In allen übrigen (durch die unter Z. 1 a und b erwähnten Vorschriften nicht getroffenen) Fällen erfolgt die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung nach Maßgabe der allgemeinen Vorschrift des § 143 durch formlose Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.[27]) Dies gilt insbesondere für die Anfechtung von Verfügungen, durch die Vermächtnisse angeordnet oder aufgehoben werden.

3. Unterliegen mehrere, ja vielleicht sogar alle letztwilligen Anordnungen des Erblassers der Anfechtung desselben Anfechtungsberechtigten, so ist eine einheitliche Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht jedenfalls dann möglich, wenn die

---

Anfechtung der Aufhebung einer Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils nicht anders behandelt werden können als die Anfechtung der Entziehung oder Beschränkung selbst.

[25]) Vgl. zu den bisherigen Ausführungen auch Planck-Ritgen Erl. zu § 2081, der zu wesentlich übereinstimmenden Ergebnissen gelangt.

[26]) Dadurch, daß die dem Nachlaßgericht gegenüber abgegebene Anfechtungserklärung dem durch die Anfechtung Betroffenen auch wirklich zugekommen ist, ist die Wirksamkeit der Anfechtung hier nicht bedingt.

[27]) Als solcher kommt nach § 143 Abs. 3 in Betracht, wer auf Grund der letztwilligen Verfügung beim Eintritt des Erbfalls unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt. Nach allgemeinen Grundsätzen muß die Anfechtungserklärung in den hierher gehörigen Fällen somit, um wirksam zu werden, dem Anfechtungsgegner zukommen. Je größer hiernach die Verschiedenheit der Behandlung der im Texte unter Z. 1 und 2 hervorgehobenen Anfechtungsfälle ist, desto zweifelhafter wird, ob sich dieselbe auch sachlich allseitig rechtfertigen läßt.

Digitized by Google

anfechtbaren Verfügungen sämtlich unter Z. 1 (a oder b) fallen. Trifft dies dagegen für keine der Verfügungen zu, so muß, soweit nicht die im § 2085 a. E. bezeichnete Annahme durchgreift, jede einzelne von ihnen nach Maßgabe des unter Z. 2 Gesagten besonders angefochten werden. Gehören die anfechtbaren Verfügungen teils zur Gruppe Z. 1, teils zu der Z. 2, so wird die durch Erklärung der Anfechtung beim Nachlaßgericht erfolgende Anfechtung der unter Z. 1 fallenden Verfügungen die besondere Anfechtung der übrigen Verfügungen nur insoweit entbehrlich machen, als ihr Bestand nach Maßgabe des § 2085 von dem Bestande der durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht wirksam angefochtenen Verfügungen abhängig ist.[28])

D. Die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung bestimmt sich nach der Vorschrift des § 142 Abs. 1. Sie besteht also darin, daß die angefochtene letztwillige Verfügung, und soweit mit dieser eine andere nicht besonders angefochtene Verfügung in untrennbarem Zusammenhange steht, auch diese (§ 2085), aber immer nur *insoweit*,[29]) als der Anfechtungsgrund dies rechtfertigt, als von vornherein nichtig anzusehen ist.

Was insbesondere denjenigen betrifft, welcher sich auf Grund einer anfechtbaren Erbeinsetzung in der Erbenstellung befunden hat, so gilt der von ihm scheinbar gemachte erbrechtliche Erwerb nach stattgehabter wirksamer Anfechtung nach rückwärts hin als nicht erfolgt.

Im Falle wirksamer Anfechtung einer Vermächtnisverfügung gilt zwar diese als von Anfang an nichtig. Die Gültigkeit der auf Grund der Verfügung vom Beschwerten vorgenommenen Übertragung des Eigentums an dem scheinbar vermachten Gegenstand wird aber hierdurch nicht berührt.[30]) Denn der Eigentumserwerb des Bedachten

---

[28]) Mit Rücksicht auf die Ausführung des Textes ist es daher für unzutreffend zu halten, wenn einzelne Schriftsteller (z. B. *Wilke* S. 132) einheitliche Anfechtung eines ganzen Testaments unterschiedslos für zulässig erklären. Nach dieser Richtung hin dürfte auch die allerdings vorsichtigere Darstellung bei *Planck-Ritgen* Erl. 3 zu § 2079 nicht einwandfrei sein.

[29]) Die über das regelmäßige Maß hinausgehende Wirkung der nach § 2079 erfolgenden Anfechtung darf auch hier nicht außer acht gelassen werden.

[30]) Die Motive (vgl. besonders V S. 49 unten) vertreten die Ansicht, daß auf Grund der anfechtbaren Vermächtnisverfügung bereits übereignete Sachen im Falle erfolgreicher Anfechtung des Vermächtnisses mit *dinglicher* Klage

Digitized by Google

beruht nicht unmittelbar auf der Vermächtnisverfügung, sondern auf einem selbständigen Rechtsgeschäft des Beschwerten mit dem Bedachten. Mit Rücksicht darauf jedoch, daß der letztere den ihm überlassenen Gegenstand ohne rechtlichen Grund erhalten hat, ist er nach den §§ 812 ff. dem Beschwerten zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

Hatte der durch eine anfechtbare und später angefochtene letztwillige Verfügung Begünstigte auf deren rechtlichen Bestand vertraut, so kann er wegen der erfahrenen Enttäuschung doch keinesfalls Schadensersatz verlangen (§ 2078 Abs. 3).

E. Der Anfechtungsbefugnis ist eine mit dem Zeitpunkte, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, beginnende einjährige Präklusivfrist[31]) gesetzt. Mit Ablauf von dreißig Jahren seit dem Erbfall ist die Anfechtung schlechthin ausgeschlossen.[32])

Im Falle einer durch eine anfechtbare letztwillige Verfügung begründeten Verpflichtung zu einer Leistung kann jedoch die letztere vom Beschwerten selbst dann noch verweigert werden, wenn das Recht zur Anfechtung wegen Versäumung der Anfechtungsfrist bereits erloschen ist.[33]) Andernfalls ergäbe sich der Mißstand, daß der auf

---

zurückgefordert werden können. Dies ist aber aus dem im Texte angegebenen Grunde offenbar unrichtig. Vgl. auch des Verfassers Anfechtung I. B. S. 67 Anm. 64.

[31]) Also keine Verjährungsfrist. Der prinzipielle Unterschied zwischen Verjährungsfrist und Präklusivfrist besteht zunächst darin, daß zwar jene, nicht aber auch diese durch Anerkennung unterbrochen wird. Außerdem mag hervorgehoben werden, daß der Ablauf einer Präklusivfrist vom Richter grundsätzlich von Amtswegen zu berücksichtigen ist, während der Eintritt der Verjährung lediglich ein Einrederecht des Verpflichteten begründet (§ 222 Abs. 1). Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 finden jedoch auf die im Texte erwähnte Frist allerdings entsprechende Anwendung (§ 2082 Abs. 2).

[32]) Diese Bestimmung kann in den seltenen Fällen zu Unbilligkeiten führen, in welchen die anfechtbar gewesene Einsetzung eines Nacherben erst nach dem Ablauf von dreißig Jahren seit dem Erbfall zum Vorschein kommt. Vgl. aber auch Hellmann S. 222 und hierzu wieder die folgende Anm.

[33]) Hellmann S. 222 will zu den Verfügungen, durch welche eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, auch die Ernennung eines Nacherben rechnen. Dies ist jedoch aus dem Grunde nicht haltbar, weil der Nacherbe nach § 2139 mit dem Zeitpunkte des Falles der Nacherbfolge ohne

Digitized by Google

Grund der anfechtbaren Verfügung Forderungsberechtigte, dem gegenüber eine Anfechtungserklärung nicht abgegeben worden ist, nach Ablauf der Anfechtungsfrist mit Erfolg auf Erfüllung klagen könnte; dieses Ergebnis will das Gesetz mit Recht vermieden wissen. Vgl. §§ 2082, 2083.

IV. Eine letztwillige Verfügung kann, obschon sie gültig errichtet und auch nicht aufgehoben worden ist, der Wirksamkeit dennoch entbehren oder diese wohl auch hinterher verlieren, so z. B., weil der Bedachte vor dem Erbfall gestorben ist (§§ 1923, 2160), oder nach dem Erbfall ausgeschlagen hat (§§ 1953, 2180), oder weil die Erfüllung der Bedingung, unter der jemand bedacht wurde, vereitelt worden ist (vgl. § 158 und hierzu noch § 2077), oder weil der Fall der angeordneten Nacherbfolge nicht vor dem Ablauf der im § 2109 bestimmten Frist eingetreten ist,[34]) oder weil eine hinsichtlich der Form begünstigte letztwillige Verfügung ihre Wirksamkeit nach § 2252 durch Zeitablauf einbüßt.

In allen diesen und verwandten Fällen liegt Unwirksamkeit im engeren Sinne vor. Von der Nichtigkeit hebt sie sich dadurch ab, daß für sie nicht überall schlechthin dasselbe gilt, was in betreff der Nichtigkeit bestimmt ist. Übrigens stehen sich die Fälle der Unwirksamkeit im engeren Sinne nicht durchaus gleich. Jeder derselben ist nach seiner eigentümlichen Beschaffenheit zu beurteilen und, was für eine bestimmte Gruppe derselben zutreffend ist, darf nicht unvorsichtig verallgemeinert werden.[35])

---

weiteres in die Erbenstellung eintritt. Die dem Vorerben nach § 2130 obliegende Herausgabepflicht ist nur eine Folge davon, daß der Nacherbe die Erbenstellung bereits erlangt hat und daß sie somit dem Vorerben nicht mehr zukommt. Wie im Texte auch Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2083.

[34]) Unrichtig ist die Behauptung Endemanns III S. 197, daß die Frage der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung immer nur nach dem „Augenblick des Todes des Erblassers" zu beurteilen sei. Vgl. dagegen außer § 2109 auch noch die §§ 2162 und 2210. Weitere Fälle einer erst nach dem Erbfall eintretenden Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung liegen vor, wenn die Erfüllung der aufschiebenden Bedingung, unter der eine Zuwendung gemacht worden ist, erst nach dem Erbfall vereitelt worden, oder wenn der Bedachte, dem eine nach § 2074 zu beurteilende Zuwendung gemacht worden ist, nach dem Erbfall aber noch vor der Erfüllung der Bedingung gestorben ist.

[35]) Vgl. hierzu § 42 III d. D.

Digitized by Google

B. Aufhebung.

§ 42.

I. Es liegt im Wesen der letztwilligen Verfügung, daß sie vom Erblasser jederzeit widerrufen[1]) werden kann (§ 2253 Abs. 1). Dies steht mit der gesetzlichen Anerkennung des Erbvertrags nicht in Widerspruch; denn eine vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen ist eine Verfügung anderer Art als die letztwillige Verfügung und kommt auch ganz anders zu stande als diese. Aus diesem Grunde darf man selbst dann nicht von einer nachträglich eingetretenen Unwiderruflichkeit einer letztwilligen Verfügung reden, wenn der Erblasser eine Verfügung, die er zunächst als letztwillige errichtet hatte, später in einen von ihm als Erblasser geschlossenen Erbvertrag als vertragsmäßige aufnimmt. Soweit dies in wirksamer Weise geschehen ist, hat die Verfügung eben aufgehört, eine letztwillige zu sein. Ist die Verwandlung der letztwilligen Verfügung in eine vertragsmäßige dagegen nicht erfolgt, so bleibt sie ungeachtet eines vom Erblasser wem immer gegenüber erklärten und von dem Erklärungsempfänger auch angenommenen Widerrufsverzichtes frei widerruflich. Ebenso bedeutungslos ist die vom Erblasser seiner letztwilligen Verfügung beigesetzte oder in anderer Weise zum Ausdruck gebrachte Bestimmung, daß eine von ihm später errichtete Verfügung von Todeswegen schlechthin ungültig oder doch nur gültig sein solle, wenn sie in bestimmter Form errichtet werde oder bestimmte Merkmale an sich trage (sogenannte derogatorische Klausel).

II. Die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung setzt im allgemeinen Testierfähigkeit des Erblassers voraus. Eine Ausnahme hiervon[2]) tritt nur im Falle der Entmündigung des Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht ein. Ein solcher Erblasser kann, ungeachtet seiner Unfähigkeit zur Errichtung eines Testaments mit positivem Inhalt, ein vor der Entmündigung errichtetes Testament (ganz oder auch nur teilweise) allerdings widerrufen (§ 2253 Abs. 2).[3])

---

[1]) Vgl. auch l. 4 D. de adim. leg. 34. 4: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.

[2]) Sie beruht auf Beschluß des Bundesrats.

[3]) Dabei sind im einzelnen folgende Möglichkeiten ins Auge zu fassen: 1. Das vor der Entmündigung errichtete Testament war ein solches mit positivem Inhalt, dem ein anderes Testament nicht vorausgegangen war. Der

Digitized by Google

aus den im Texte angegebenen Gründen Entmündigte kann hier das Testament widerrufen, nicht aber den nach der Entmündigung bereits erfolgten Widerruf. 2. Der Erblasser hatte vor der Entmündigung zwei Testamente positiven Inhalts errichtet, von denen das frühere lediglich durch den positiven Inhalt des späteren aufgehoben worden ist. Der vom Entmündigten vorgenommene Widerruf des späteren Testaments hat bei der angegebenen Sachlage nach § 2258 Abs. 2, dafern im Widerruf anderes nicht bestimmt ist, zur Folge, daß das frühere Testament wieder auflebt. Ein Widerruf des nach der Entmündigung erfolgten Widerrufs ist während der Dauer der Entmündigung auch in diesem Falle als ausgeschlossen zu erachten. Während dieser Zeit möglich ist jedoch ein Widerruf des ersten Testaments. 3. Ein Testament positiven Inhalts war vom Erblasser noch vor der Entmündigung widerrufen worden. Kann der Erblasser hier den Widerruf während der Dauer der Entmündigung mit der Wirkung des § 2257 widerrufen? Dies wird von Cosack I § 358 (I, Z. 1) — in Verbindung mit der ironischen Bemerkung: „Ein Widerruf vor der Entmündigung ist also widerruflich, ein Widerruf nach der Entmündigung ist unwiderruflich!" — bejaht und auch Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2253 glaubt dieser befremdlichen Entscheidung nicht widersprechen zu können. Sachliche Beurteilung führt jedoch zu einem anderen Ergebnis. Unter Widerruf im Sinne des § 2253 Abs. 2 ist nämlich nur eine nach der Entmündigung getroffene letztwillige Erklärung zu verstehen, durch die eine vor der Entmündigung getroffene letztwillige Verfügung positiven Inhalts aufgehoben wird, nicht dagegen der bloße Widerruf eines vor der Entmündigung erklärten Widerrufs. Der zwingende Beweis hierfür läßt sich auf Grund des unbestrittenen auch von Cosack und Planck-Ritgen ausdrücklich zugegebenen Satzes erbringen, daß der vom Entmündigten nach der Entmündigung vorgenommene Widerruf während der Dauer der Entmündigung unwiderruflich ist. Vom Standpunkte der hier bekämpften Meinung aus müßte daher auch der während der Dauer der Entmündigung vorgenommene und nach Cosack und Planck-Ritgen wirksame bloße Widerruf des in die Zeit vor der Entmündigung fallenden Widerrufs unwiderruflich sein. Und doch ist es klar, daß hiervon nicht die Rede sein kann. Der durch Testament erfolgende wirksame Widerruf des Widerrufs hat nämlich zur Folge, daß das vor der Entmündigung errichtete Testament als nicht widerrufen gilt (§ 2257). Nach § 2253 Abs. 2 steht aber fest, daß ein solches Testament dem Widerruf während der Dauer der Entmündigung gerade nicht entzogen ist. Die gegnerische Ansicht führt also mit Notwendigkeit zu einer Fehlentscheidung: entweder zu der, daß der Entmündigte in unserem Falle ein vor der Entmündigung errichtetes Testament positiven Inhalts während der Dauer der Entmündigung nicht widerrufen kann, oder zu der, daß er während der Dauer der Entmündigung zwei letztwillige Verfügungen nacheinander treffen kann, von denen die zweite das direkte Gegenteil der ersten enthält. Keine der beiden Entscheidungen ist mit dem Wortlaut und der Absicht des Abs. 2 von § 2253 vereinbar. Die hier vertretene Ansicht vermeidet dagegen sowohl

Digitized by Google

III. Der Widerruf einer letztwilligen Verfügung kann

1. in Testamentsform[4]) erfolgen (§ 2254). Durch ein neues Testament mit lediglich positivem Inhalt wird jedoch ein früheres Testament nur insoweit aufgehoben,[5]) als es mit dem früheren in Widerspruch[5a]) steht (§ 2258 Abs. 1). Ist das neue Testament schon von vornherein nichtig oder infolge wirksamer Anfechtung nach § 142 als ein von Anfang an nichtiges anzusehen, so entbehrt es selbstverständlich auch der aufhebenden Kraft.

Zweifelhaft kann die Beurteilung der aufhebenden Wirkung des späteren Testaments jedoch dann werden, wenn es hinterher lediglich seine Wirksamkeit einbüßt. Hinsichtlich eines hierher gehörenden Falles finden wir zwar im Gesetz eine ausdrückliche Entscheidung. Nach § 2252 Abs. 1 gilt nämlich das in außerordentlicher Form errichtete und durch Zeitablauf seine Wirksamkeit einbüßende Testament nach Ablauf der bestimmten Zeit „als nicht errichtet"; einem solchen Testamente kann daher auch aufhebende Wirkung nicht zugeschrieben werden. Auf andere Fälle nachträglicher Unwirksamkeit eines

---

den einen als den anderen Fehler. Vgl. auch Kipp bei Windscheid III S. 211 Z. 4.

4) Beobachtung derjenigen Form, in welcher das zu widerrufende Testament errichtet wurde, ist nicht erforderlich.

5) Wesentlich anders das r. R.; vgl. Windscheid III §§ 565, 640, 641, Dernburg, Pandekten III §§ 94, 105.

5a) Beispiel: Der Erblasser hat in seinem Testament Nr. 1 den X als Alleinerben eingesetzt und außerdem noch verschiedene Vermächtnisse und Auflagen angeordnet. Das spätere Testament Nr. 2 enthält lediglich die Einsetzung des Y als Alleinerben. Ein Widerspruch zwischen dem späteren und dem früheren Testament besteht hier nur hinsichtlich der Erbeinsetzung. Die mit der Einsetzung des Y im Testament Nr. 2 unverträgliche Einsetzung des X im Testament Nr. 1 ist also durch das Testament Nr. 2 widerrufen. Die fortdauernde Wirksamkeit der im Testament Nr. 1 angeordneten Vermächtnisse und Auflagen ist dagegen mit der im Testament Nr. 2 ausgesprochenen Berufung des Y zur Erbfolge verträglich, und die bezeichneten Anordnungen des Testaments Nr. 1 sind daher durch das Testament Nr. 2 grundsätzlich noch nicht aufgehoben. Trotzdem ist vorsichtige Beurteilung geboten. Die Auslegung des Testaments Nr. 1 kann nämlich in concreto (vgl. aber § 2085) dazu führen, daß der Erblasser einzelne oder vielleicht sogar alle Vermächtnisanordnungen oder Auflagen nur für den Fall gewollt hat, daß X Erbe wird. Abgesehen hiervon kann aber auch aus der Fassung des Testaments Nr. 2 ein weitergehender Aufhebungswille des Erblassers zu erschließen sein, als man ihn regelmäßig anzunehmen hat.

Digitized by Google

Testaments darf aber dies nicht ohne weiteres übertragen werden. Beispiel: Der Erblasser hat in seinem Testament Nr. 1 den A und in seinem Testament Nr. 2 (ohne daß darin die Aufhebung des Testaments Nr. 1 insbesondere ausgesprochen ist) den B als Alleinerben eingesetzt. Gelangt das Testament Nr. 1 dadurch wieder zur Wirksamkeit, daß der im Testament Nr. 2 eingesetzte B vor dem Erblasser stirbt oder die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird? Die stärkeren Gründe sprechen für die Verneinung der Frage.[6]) Denn dadurch, daß der Erblasser im Testament Nr. 2 den B als Erben eingesetzt hat, ohne des A auch nur zu gedenken, hat er nicht allein zum Ausdruck gebracht, daß er den B dem A vorziehe, sondern zugleich auch, daß er den A als Erben überhaupt nicht mehr wolle;[7]) denn sonst würde er ihn doch wenigstens als Ersatzerben ernannt haben.[8])

2. Dem Widerruf des Testaments steht es gleich, wenn der Erblasser[9]) seine Aufhebungsabsicht durch Vernichtung der Testaments-

---

[6]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2258.

[7]) Wie ist zu entscheiden, wenn der im Testament Bedachte schon zur Zeit der Errichtung des Testaments gestorben war? Dieser Fall unterscheidet sich von dem im Texte behandelten dadurch, daß die Unwirksamkeit schon eine ursprüngliche ist. Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2258 spricht einer solchen Anordnung deshalb auch jede aufhebende Kraft ab. Anders Dernburg, Preuß. Priv. R. III § 172 Anm. 18. Die letztere Ansicht dürfte den Vorzug verdienen; denn für die Beurteilung des Aufhebungswillens des Erblassers ist es gleichgültig, ob der Bedachte (ohne Wissen des Erblassers) schon vor der Testamentserrichtung gestorben ist oder ob er später, aber doch noch vor dem Erbfall stirbt.

[8]) Gegen das im Texte Gesagte spricht auch nicht § 2258 Abs. 2; denn diese Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß das widerrufene zweite Testament nach Maßgabe des vom Erblasser geäußerten Widerrufswillens als gar nicht errichtet gelten soll.

[9]) Der Vornahme der Handlung durch den Erblasser steht es gleich, wenn die Handlung auf Geheiß des Erblassers von einem Anderen vorgenommen wird. Hatte der Dritte die Handlung nicht mit dem Willen des Erblassers vorgenommen, so tritt die Widerrufswirkung grundsätzlich selbst dann nicht ein, wenn der Erblasser nachträglich zustimmt (genehmigt), weil in der vom Dritten auf eigene Faust vorgenommenen Vernichtung der Testamentsurkunde oder an dieser vorgenommenen Veränderung ein rechtsgeschäftliches Handeln nicht erblickt werden kann. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3a zu § 2255. Erklärt der Erblasser in Testamentsform, daß er die ohne seinen

Digitized by Google

urkunde oder durch an ihr vorgenommene Veränderungen[10]) zum Ausdruck bringt.[11]) Hierbei wird, dafern nur feststeht, daß die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde vom Erblasser vorgenommen worden ist, vermutet, daß die Aufhebung beabsichtigt war (§ 2255).

3. Eine besondere Bewandtnis hat es mit dem durch die Bestimmung des § 2256 Abs. 1 gegebenen Falle eines fingierten Widerrufs des vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 (vor dem Vorsteher der Gemeinde oder des durch Landesgesetz einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes) errichteten Testaments. Ein solches Testament „gilt" nämlich „als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird". Hieraus ist mit Sicherheit zu entnehmen, daß in diesem Falle der Eintritt des Widerrufseffekts durch das Vorhandensein einer Widerrufsabsicht des Erblassers nicht bedingt ist. Gerade dies wollte durch die Wendung „gilt als widerrufen" zum Ausdruck gebracht werden. Von praktischer Erheblichkeit ist das wesentlich deshalb, weil dem Erblasser, indem er von dem ihm zustehenden Rechte, die Rückgabe des Testaments jederzeit verlangen zu können (§ 2256 Abs. 2), Gebrauch macht, dabei das Bewußtsein von dem infolge der Rückgabe eintretenden Widerrufseffekt vollständig fehlen kann. Selbst wenn übrigens der Erblasser das Verlangen

---

Willen von einem Andern vorgenommene Vernichtung des Testaments genehmige, so wird aber darin ein Widerruf des vernichteten Testaments zu erblicken sein.

[10]) Die hier in Frage kommenden Veränderungen bezeichnet das Gesetz (§ 2255) noch genauer als solche, „durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt".

[11]) Die Verwendung der im Texte bezeichneten Art der Aufhebung ist bei einem in öffentlicher Form errichteten Testament nicht ausgeschlossen, aber doch nur von geringer praktischer Bedeutung. Denn solange sich ein solches Testament in der amtlichen Verwahrung befindet, wird dem Erblasser eine Einwirkung auf die Testamentsurkunde regelmäßig unmöglich sein, an die nach Maßgabe von § 2256 erfolgende Rückgabe der Urkunde an den Erblasser aber knüpft sich ohnedies bereits der Widerrufseffekt. Trotzdem liegt es nicht außer dem Bereich der Möglichkeit, daß dem Erblasser der Zugang zu dem in amtlicher Verwahrung sich befindenden Testament doch eröffnet worden ist oder daß die Auslieferung des Testaments aus der amtlichen Verwahrung unter Umständen erfolgt ist, vermöge deren sich an sie der Widerrufseffekt noch nicht knüpft. In solchen Fällen kann der Widerruf dann in der im Texte bezeichneten Weise erfolgen.

Digitized by Google

auf Rückgabe des Testaments in Widerrufsabsicht gestellt hat, so tritt doch die Wirkung des nach § 2256 zu beurteilenden Widerrufs nicht schon mit der Stellung des Verlangens auf Rückgabe des Testaments, sondern erst mit dieser selbst ein[12]). Bei der Beurteilung solcher Fälle darf aber doch nicht übersehen werden, daß in dem schriftlichen Verlangen der Rückgabe des Testaments ein in Testamentsform und zwar in der Form des eigenhändigen Testaments ausgesprochener und nach § 2254 wirksamer Widerruf bereits enthalten sein kann.

Nicht ausdrücklich entschieden sind folgende Fragen:

a) Hängt der Eintritt des Widerrufseffekts davon ab, daß die Rückgabe des Testaments an den Erblasser persönlich erfolgt ist? Die Frage wird dadurch zweifelhaft, daß Abs. 2 von § 2256 sich der Wendung bedient: „Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen." Mit Rücksicht auf den, wenn auch nicht überall, so doch regelmäßig festgehaltenen Sprachgebrauch des BGB.[13]) hat man hierin eine Ordnungsvorschrift zu erblicken, deren Außerachtlassung die Wirksamkeit der erfolgten Rückgabe nicht schlechthin ausschließt. Allein trotzdem ist mit Rücksicht auf den Zusammenhang der im § 2256 enthaltenen Bestimmungen doch daran festzuhalten, daß der Widerrufseffekt keinesfalls vor dem Zeitpunkte eintritt, in welchem der Erblasser das Testament persönlich zurückerlangt hat.[14])

b) Gilt das Testament auch dann als widerrufen, wenn die Rückgabe der Urkunde an den Erblasser erfolgt ist, ohne daß dieser sie verlangt hatte? Man wird dies verneinen müssen.[15])

---

[12]) Eine Verzögerung der vom Erblasser verlangten Rückgabe kann daher unter Umständen den Eintritt des Widerrufseffekts überhaupt unmöglich machen.

[13]) Vgl. hierzu Planck, Kommentar I S. 25.

[14]) Beispiel: Wenn ein Gemeindevorsteher ein vor ihm nach § 2249 errichtetes Testament, dessen Rückgabe der Erblasser verlangt hat, statt dem Erblasser selbst, dessen Frau aushändigt, so ist hierdurch die Vorschrift des § 2256 Abs. 2 Satz 2 verletzt. Obschon dieses ordnungswidrige Vorgehen des Gemeindevorstehers den Eintritt des Widerrufseffekts nicht schlechthin unmöglich macht, so ist in unserem Falle den an diesen Eintritt gestellten Anforderungen doch so lange nicht entsprochen, als die Frau das Testament nicht dem Mann übergeben hat. Im Ergebnis ebenso Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2256.

[15]) Küntzel a. a. O. S. 600 hält diese Frage aus dem Grunde für

Digitized by Google

c) Tritt der Widerrufseffekt auch dann ein, wenn dem Erblasser im entscheidenden Zeitpunkte die Widerrufsfähigkeit fehlt? Bei Bejahung dieser Frage würde Mißbräuchen der schlimmsten Art Tür und Tor geöffnet sein. Da dies in der Absicht des Gesetzes unmöglich gelegen sein kann, so ist auch diese Frage zu verneinen und somit die Anforderung zu stellen, daß der Erblasser widerrufsfähig sei.

Es ist jetzt noch weiter zu fragen, in welchem Zeitpunkte die Widerrufsfähigkeit des Erblassers vorhanden sein muß? Jedenfalls in dem für den Eintritt des Widerrufseffekts maßgebenden Zeitpunkte der Rückgabe der Urkunde. Fällt mit dem letzteren das Verlangen der Rückgabe zusammen oder liegen die Verhältnisse doch wenigstens so, daß das schon früher gestellte Verlangen der Rückgabe bei dieser selbst als vom Erblasser wiederholt gelten kann, so muß das Vorhandensein der Widerrufsfähigkeit in dem bezeichneten Zeitpunkte als völlig genügend erachtet werden. Wo die eben gemachte Voraussetzung nicht zutrifft, wird der Eintritt des Widerrufseffekts auch schon dann zu leugnen sein, wenn dem Erblasser die Widerrufsfähigkeit zur Zeit der Stellung des Verlangens der Rückgabe fehlte.[16])

---

bedeutungslos, weil die persönliche Inempfangnahme der Urkunde durch den Erblasser ohne dessen auf Rückgabe eben dieser Urkunde gerichtetes Verlangen gar nicht möglich sei. Das ist aber nicht zutreffend. Heben doch schon die Motive V S. 302 die Möglichkeit des Falles hervor, daß dem (vielleicht schwer erkrankten) Erblasser, ohne daß er dessen gewahr wird, ein anderes Testament zurückgegeben wird, als dasjenige, dessen Rückgabe er vorher (etwa schriftlich) verlangt hatte. Weitere Fälle lassen sich mit Leichtigkeit konstruieren.

[16]) Anderer Ansicht Matthiaß II § 133. Er stützt sich darauf, daß der Eintritt des Widerrufseffekts nicht schon an das Verlangen der Rückgabe, sondern erst an diese selbst geknüpft ist. Dieses Argument ist aber nicht durchschlagend. Beispiel: Ein Verwandter des gerade in einem Zustande vorübergehender Störung der Geistestätigkeit sich befindenden Erblassers veranlaßt diesen, ein das Begehren um Rückgabe eines Testaments enthaltendes Schriftstück mit seiner Unterschrift zu versehen. Bei der an ihn selbst erfolgenden Rückgabe befindet sich der Erblasser zwar nicht mehr in dem bezeichneten Zustande, aber doch in einer Lage, vermöge welcher er den Rückgabeakt einfach über sich ergehen läßt, ohne sich auch nur zum Bewußtsein zu bringen, was ihm zurückgegeben worden ist. Würde das Verlangen auf Rückgabe von einem widerrufsfähigen Erblasser ausgegangen sein, so könnte die geschilderte Art der Rückgabe dem Eintritt des Widerrufseffekts nicht entgegenstehen. Fehlt es aber an dieser Voraussetzung, so wird das bloße Vorhandensein der Widerrufsfähigkeit zur Zeit der wirklich erfolgten Rückgabe den Mangel des

Digitized by Google

d) Was ist Rechtens, wenn das vom Erblasser gestellte Verlangen auf Rückgabe auf wesentlichem Irrtum beruhte oder durch Irrtum im Beweggrund oder widerrechtliche Drohung bestimmt worden ist? Der (fingierte) Widerruf wird dann als nach § 2078 anfechtbar zu behandeln sein. Zu beachten ist jedoch, daß ein mit einem Willensmangel behaftetes Verlangen dann nicht mehr vorliegt, wenn sich das Verlangen bei der Rückgabe frei von einem solchen Willensmangel erneut.

Erhält der Erblasser ein von ihm errichtetes eigenhändiges Testament, das auf sein Verlangen nach § 2248 in amtliche Verwahrung genommen worden ist, aus dieser auf sein Begehren wieder zurück, so bleibt das Testament trotzdem wirksam (§ 2256 Abs. 3). Diese dem Wesen des eigenhändigen Testaments vollkommen angemessene Entscheidung führt übrigens zu einer nicht unerheblichen weiteren Frage, die das Gesetz unerledigt läßt. Es ist nämlich sehr wohl möglich, daß die vom Erblasser dem Richter, Notar und Gemeindevorsteher nach § 2238 (vgl. auch § 2249) übergebene Schrift den von dem Gesetze an das eigenhändige Testament gestellten Anforderungen vollständig entspricht, und daß der Erblasser die weiteren Solennitäten nur der größeren Sicherheit wegen oder mit Rücksicht auf die Ortsüblichkeit u. dgl. vornehmen ließ. Steht der hier vorausgesetzte Sachverhalt fest, so wird doch wohl anzunehmen sein, daß das Testament infolge der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nur den Charakter eines öffentlichen (gerichtlichen, notariellen, Gemeinde-) Testaments einbüßt und somit als eigenhändiges fortbesteht. Die Bestimmung des § 2256 steht dieser sachlich allein angemessenen[17]) Behandlung deshalb nicht[18]) entgegen, weil sie nur sagen will, daß

---

von einem widerrufsfähigen Erblasser gestellten Verlangens der Rückgabe nicht ersetzen können. Vgl. zur Frage auch Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2256.

[17]) Vgl. auch Unger, Oesterr. Erbrecht § 12 Anm. 3 und Pfaff-Hofmann, Kommentar II S. 647.

[18]) Anders noch die 1. Auflage dieses Buches S. 55 mit dem Ausdruck des Bedauerns, daß der Buchstabe des Gesetzes der sachlich richtigen Lösung entgegenstehe. Allein in der im Texte angegebenen Weise kann man über die aus dem Wortlaut des § 2256 sich ergebende Schwierigkeit hinwegkommen. Vgl. darüber besonders Hellmann, S. 223. Anders Küntzel, S. 600 ff., der sich für die in der 1. Auflage dieses Buches ausgesprochene Ansicht entscheidet, desgl. Cosack II, § 358 bei Anm. 9 (vgl. aber auch § 354 bei Anm. 18)

Digitized by Google

ein Testament, dessen Bestand auf der Erfüllung der für die Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments oder der im § 2249 vorgeschriebenen Solennitäten beruht, infolge der vom Erblasser (auf sein Verlangen) erlangten Rückgabe als widerrufen gilt. Das trifft aber für ein Testament, das als solches schon vor der Erfüllung dieser Solennitäten Bestand hatte, nicht zu.

IV. Der durch Testament[19]) erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung kann selbst wieder widerrufen werden. In solchem Falle gilt die letztere so, als ob der Widerruf niemals erfolgt wäre. Dem entsprechend lebt auch ein durch ein späteres Testament widerrufenes früheres Testament[20]) wieder auf, wenn das spätere Testament widerrufen wurde oder nach § 2256 (sei es auch ohne Widerrufsabsicht) als widerrufen gilt. Vgl. §§ 2257, 2258 Abs. 2.

---

und Planck-Ritgen Erl. 5 zu § 2256 (vgl. aber auch Erl. III, 2 zu § 2231). Die Darstellung der beiden zuletzt genannten Schriftsteller ist aber nicht frei von Widerspruch. Beide geben ausdrücklich zu, daß ein als öffentliches wegen eines Formfehlers ungiltiges Testament unter Umständen als eigenhändiges aufrecht erhalten werden kann und leugnen die Möglichkeit einer solchen Aufrechterhaltung nur dann, wenn den Formerfordernissen des öffentlichen Testaments voll entsprochen worden ist. Der entscheidende Grund dafür soll sein, daß ein Testament nicht die Eigenschaften eines öffentlichen und eigenhändigen Testaments in sich vereinigen könne. Allein ein solcher Satz ist im Gesetz nirgends ausgesprochen und ergibt sich auch keineswegs aus der Natur der Sache. Es ist insbesondere nicht einzusehen, warum ein Erblasser in der von ihm nach § 2238 übergebenen Schrift nicht mit Wirksamkeit soll ausdrücklich aussprechen können, daß seine letztwillige Erklärung im Falle der an ihn erfolgten Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung als eigenhändiges Testament aufrecht bleiben soll. Muß dies aber zugegeben werden, so ist zugleich gewiß, daß der im Texte vertretenen Auffassung ein zwingender Rechtssatz nicht entgegensteht. Es handelt sich vielmehr darum, was der Erblasser gewollt hat. Die Beurteilung dieser Frage aber bleibt dieselbe, gleichviel ob bei der Solennisierung ein Formfehler begangen worden ist oder nicht.

[19]) Das im Texte Gesagte gilt also nicht auch für den nach Maßgabe des § 2255 erfolgten Widerruf und für den fingierten Widerruf des § 2256.

[20]) Nicht auch das in anderer Weise widerrufene frühere Testament.

Digitized by Google

IV. Gemeinschaftliches Testament.*)

a) Wesen, Voraussetzungen und Inhalt.

§ 43.

I. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments (testamentum simultaneum)[1]) besteht in der durch Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsvorgangs[2]) geschaffenen Verbindung[3]) der letztwilligen Verfügungen mehrerer Erblasser zu einer formellen Einheit.[4]) Ein

*) Hasse im Rheinischen Museum Bd. 3, S. 239 ff., 490 ff. G. Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten (1860) S. 85 ff.; daselbst S. 87 Anm. 1 auch weitere Literatur. Pfaff-Hofmann Komment. II S. 165 und Exkurse II, S. 100 ff. O. Fischer im Archiv f. bürg. Recht Bd. 6 Nr. 2. Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im BGB. f. d. Deutsche Reich mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme (1899). Rüger, sächs. Arch. Bd. 9 S. 430.

[1]) Dem klassischen röm. R. war das gemeinschaftliche Testament nicht bekannt. Eine in die justinianische Kodifikation nicht aufgenommene Konstitution Valentinian III. (nov. Valent. III tit. XX 1) erklärte es jedoch als eine dem geltenden Rechte entsprechende Einrichtung. Ausdrücklich anerkannt ist das gemeinschaftl. Soldatentestament in l. 19 C. de pact. 2. 3 (vgl. dazu Hartmann S. 93 ff.). Im gem. Rechte gelangte das gemeinschaftliche Testament zu unbestrittener und unbeschränkter Geltung. Die modernen Gesetzgebungen verhalten sich dem gemeinschaftlichen Testament gegenüber sehr verschieden. Schlechthin ausgeschlossen ist es im C. c. Art. 968, 1097, unbeschränkt zugelassen im sächs. BGB. (§§ 2196 ff., 2214), die Beschränkung auf Ehegatten ist im preuß. L. R. (I, 12 §§ 614 ff. und II, 1 §§ 482 ff.) und im öster. BGB. (§ 1248) ausgesprochen. Der Entwurf I ließ ein gemeinschaftl. Testament überhaupt nicht zu.

[2]) Zu weitgehend ist es, wenn manche Schriftsteller (z. B. Köppen, Lehrbuch d. r. Erbr. S. 553 und selbst Planck-Ritgen Vorbem. 3 z. §§ 2265 ff.) von einer Einheitlichkeit des Errichtungsaktes reden. Auch die in den früheren Auflagen d. B. gebrauchte Wendung, daß beim gemeinschaftlichen Testament die letztwilligen Verfügungen zweier Erblasser durch dieselbe nur einmal erfüllte Testamentsform umschlossen werden, ist nicht ganz genau und wird deshalb im Texte vermieden.

[3]) Diese Verbindung ist eine eigenartige. Die verbundenen Elemente sind die einseitigen Erklärungen zweier Erblasser. Das Bindemittel ist die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts. Ein Zusammenschluß der beiderseitigen Erklärungen zu einem Vertrag findet trotzdem nicht statt. Das gemeinschaftl. Testament bildet somit ein interessantes Beispiel für ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, das nicht Vertrag ist. Vgl. RGE. Bd. 50 S. 308.

[4]) Mit Rücksicht hierauf spricht das Gesetz trotz des Vorhandenseins mehrerer Erblasser von einem „gemeinschaftlichen Testament". Verwendet

Digitized by Google

solches Testament kann nach der Vorschrift des § 2265 nur von Ehegatten,[4a]) nicht auch von anderen Personen, selbst nicht von Verlobten errichtet werden.[5])

II. Die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments kann nicht nur in ordentlicher Form, sondern auch unter Beobachtung einer außerordentlichen Form erfolgen, dafern nur die Voraussetzungen, unter welchen eine solche Form überhaupt zugelassen ist, vorhanden sind.

Im einzelnen ist zu sagen:

1. Im Falle der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vor einem Richter oder Notar können (vgl. § 2238) grundsätzlich beide Gatten ihre Anordnungen entweder mündlich zu Protokoll erklären[6]) oder eine Schrift[7]) mit der zunächst von dem einen Gatten und dann von dem anderen abzugebenden Erklärung übergeben, daß die Schrift ihren gemeinschaftlichen letzten Willen enthalte. Kann den an ein gemeinschaftliches Testament zu stellenden Anforderungen aber auch dadurch genügt werden, daß der eine Gatte durch mündliche Erklärung zu Protokoll, der andere durch Übergabe einer Schrift in Verbindung mit der nach § 2238 bzw. § 2243 abzugebenden Erklärung

---

man den Ausdruck Testament im Sinne des § 1937, so kann man im Falle eines „gemeinschaftlichen Testaments" aber doch auch von zwei durch die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes mit einander verbundenen Testamenten reden.

[4a]) Vgl. aber auch § 2299 und dazu unten § 44 d. D.

[5]) Bei Nichtehegatten hat also die Gemeinschaftlichkeit der Testamentserrichtung grundsätzlich die Nichtigkeit sämtlicher Verfügungen zur Folge. Doch wird im Einzelfalle sorgfältig zu prüfen sein, ob nicht die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes eine nur scheinbare ist und ob nicht vielleicht der eine oder der andere Erblasser oder jeder von ihnen den an ein nicht gemeinschaftliches Testament gestellten Anforderungen vollständig entsprochen hat.

[6]) Hierbei wird es wieder möglich sein, daß jeder Ehegatte seine Anordnungen vollständig zu Protokoll erklärt oder aber, daß zunächst der eine Ehegatte den gesamten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments zu Protokoll erklärt, worauf vom zweiten Gatten die Erklärung zu Protokoll gegeben wird, daß der vom ersten Ehegatten erklärte Testamentsinhalt auch als sein Testament gelten soll.

[7]) Kann jeder Ehegatte auch eine besondere Schrift überreichen? Dies ist im Gesetz nicht ausgeschlossen.

Digitized by Google

testiert? Die Frage läßt keine allgemeine Beantwortung zu[8]) und ist je nach Maßgabe der Sachlage bald zu bejahen,[9]) bald zu verneinen.[10])

2. Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in eigenhändiger Form[11]) genügt es, wenn einer der Ehegatten das

[8]) Anders Jastrow, Formularbuch S. 189, 190 und Planck-Ritgen Vorbem. 3 z. §§ 2265 ff. Beide Schriftsteller halten die Verwendung einer Mischform für unbedingt ausgeschlossen und berufen sich zur Begründung auf die beim gemeinschaftlichen Testament erforderliche Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts. Dies ist aber kaum durchschlagend. Die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts ist schon durch den Zusammenhang der Vorgänge und durch die Einheit des Protokolls hergestellt.

[9]) Beispiele: Der Ehegatte A erklärt den gesamten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments zu Protokoll. Der Ehegatte B, von dem angenommen werden soll, daß er nach der Überzeugung des Richters stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, übergibt dann die offene schriftliche Erklärung, daß der zu Protokoll genommene Testamentsinhalt auch als sein Testament gelten soll. Auch den sonstigen Anforderungen des § 2243 (vgl. Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2) wird entsprochen. Es ist durchaus nicht einzusehen, warum hier den an die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts zu stellenden Anforderungen weniger genügt sein soll, als wenn auch der Ehegatte A eine Schrift überreicht hätte.

[10]) Vermag ein Ehegatte Geschriebenes nicht zu lesen (§ 2238 Abs. 2), so wird allerdings gefordert werden müssen, daß beide Ehegatten ihre Erklärungen mündlich abgeben. Denn bei anderer Entscheidung würde demjenigen Gatten, welcher Geschriebenes nicht lesen kann, schlechthin die Möglichkeit verschlossen sein, den Inhalt der vom anderen Ehegatten getroffenen Anordnung authentisch zu erfahren. Dies widerspricht aber dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments. In gleicher Weise wird auch entschieden werden müssen, wenn der eine Gatte minderjährig ist: Indem das Gesetz bestimmt, daß der Minderjährige ein Testament nur durch mündliche Erklärung errichten kann, geht es von der Voraussetzung aus, daß der Minderjährige außer stande ist, die volle Bedeutung des Inhalts einer Urkunde zu würdigen. Aus diesem Grunde muß im Falle des gemeinschaftlichen Testaments, bei dem auch nur ein Ehegatte minderjährig ist, die Überreichung einer Urkunde auch von seiten des anderen Ehegatten als ausgeschlossen betrachtet werden. Denn sonst könnte für ihn der Absicht des Gesetzes zuwider die Gefahr eintreten, daß doch der Inhalt einer Urkunde (nämlich der von dem anderen Ehegatten übergebenen Urkunde) für seine Erklärung bestimmend wird.

[11]) Die Zulassung dieser Form unterliegt gerade beim gemeinschaftlichen Testament den größten Bedenken. Ihre Verwendung hätte daher hier ausgeschlossen und nicht, wie es durch § 2267 tatsächlich geschehen ist, noch erleichtert werden sollen.

Digitized by Google

Testament nach Maßgabe der Vorschrift des § 2231 Nr. 2 errichtet[12]) und der andere Ehegatte die mit Angabe des Ortes und Tages[13]) versehene eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung beifügt,[14]) daß das Testament auch als sein Testament gelten solle (§ 2267). Hiermit ist übrigens nur das Mindestmaß[15]) der an das gemeinschaftliche Testament in eigenhändiger Form gestellten Anforderungen festgesetzt. Es muß deshalb die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments in einer Urkunde auch in der Art für zulässig erachtet werden,[16]) daß jeder der beiden Ehegatten seine letztwillige Anordnung unter Angabe von Ort und Zeit niederschreibt und am Schlusse beider Niederschriften[17]) unterschreibt, oder daß zunächst

---

[12]) Hierbei ist wohl zu beachten, daß der das Testament errichtende Ehegatte bei dieser Form des gemeinschaftlichen Testaments nicht bloß seine letztwillige Anordnung, sondern auch die des anderen Ehegatten niederschreibt.

[13]) Muß dieses Datum nach Ort und Zeit mit dem Datum des Testaments übereinstimmen? Bejahend Jastrow S. 191, Hölder in Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 324. Die überwiegende Meinung (vgl. Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2267 und die dort Berufenen) entscheidet sich für die Verneinung; ihr ist mit der Maßgabe (vgl. Endemann III § 27 Anm. 14) beizutreten, daß das Datum der Beifügung im Falle der Abweichung von dem Zeitdatum des Testaments ein späteres sein muß. Für die grundsätzliche Zulässigkeit der Abweichung spricht einerseits die Erwägung, daß unitas actus im Sinne des röm. nnd gem. Rechtes nach dem BGB. zur Testamentserrichtung überhaupt nicht erforderlich ist, und andererseits, daß die zum Wesen des gemeinschaftlichen Testaments erforderliche Gemeinschaftlichkeit (nicht Einheitlichkeit) des Errichtungsakts durch die Verschiedenheit des Datums hier und dort nicht aufgehoben wird. Vgl. zur Frage auch Mantey im Recht 1901 S. 431.

[14]) Darnach braucht also der andere Erblasser den Inhalt der von ihm selbst getroffenen letztwilligen Verfügungen nicht einmal selbst niederzuschreiben (daß dies nicht unbedenklich ist, wird auch in den Protokollen V S. 429 anerkannt). Um so strenger muß deshalb hier daran festgehalten werden, daß sich das von dem einen Ehegatten geschriebene und unterschriebene Testament und die von dem anderen Gatten geschriebene und unterschriebene Beifügung äußerlich als eine Urkunde darstellen.

[15]) Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß die besondere Angabe des Datums durch jeden der beiden Ehegatten unter allen Umständen erforderlich ist. So mit Recht Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2267. Anders noch die 2. Aufl. d. B. S. 179 Anm. 4, Peiser S. 333 und die daselbst Anm. 3 Genannten.

[16]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2267.

[17]) Würde hier jeder Ehegatte nur seine Verfügung unterschreiben, so lägen zwei selbständige Testamente vor. Ist aber der Anforderung des

Digitized by Google

der eine Ehegatte und dann der andere den Gesamtinhalt des Testaments unter Angabe von Ort und Zeit niederschreibt und unterschreibt.[18]) Ist einer der beiden Ehegatten (vgl. § 2247) außer stande, in eigenhändiger Form zu testieren, so ist die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments in dieser Form selbstverständlich ausgeschlossen.[19])

3. Die wegen einer den Erblasser bedrohenden nahen Todesgefahr nach § 2249 eintretende Formerleichterung greift bei einem gemeinschaftlichen Testamente schon dann Platz, wenn die Voraussetzung des § 2249 nur auf Seite eines der Ehegatten vorliegt (§ 2266).

III. Da ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden kann, so hängt dessen Wirksamkeit,[20]) und zwar seinem ganzen Inhalt nach von der Gültigkeit der von den Errichtern geschlossenen Ehe ab,[21]) ohne daß dabei die Absichten der Erblasser

---

Textes entsprochen, so kann noch die Frage des Datums Schwierigkeiten bereiten. Beispiel: Die voranstehende Niederschrift des Gatten A ist mit dem Datum: Berlin 10. 1. 1904 versehen, die nachstehende Niederschrift des Gatten B mit dem Datum: Berlin 12. 1. 1904; darauf folgen die Unterschriften beider Gatten. Hier wird der Gatte A, dafern er es nicht vorzieht, das Datum seiner Niederschrift entsprechend zu ändern, mit seiner Unterschrift die Beifügung eines neuen entsprechenden Datums zu verbinden haben; denn sonst würde die Datierung in sich widerspruchsvoll sein.

[18]) Dadurch, daß der zweite Ehegatte hier mehr tut, als er nach dem Gesetz (§ 2267) zu tun brauchte, büßen die von beiden Ehegatten getroffenen Verfügungen den Charakter der Gemeinschaftlichkeit noch nicht ein. Dieser tritt nicht nur durch die Einheit der Urkunde sondern auch dadurch hervor, daß die von dem einen Gatten geschriebene und unterschriebene Erklärung durch ihren Inhalt auch auf die folgende des anderen Gatten verweist und hierdurch den Zusammenschluß beider Niederschriften zu einem gemeinschaftlichen Testament ermöglicht. Gegen eine in den Protokollen V S. 429 beiläufig geäußerte abweichende Auffassung vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2267.

[19]) Von praktischer Bedeutung ist besonders der Fall der Minderjährigkeit der Frau.

[20]) Darauf also, ob die einzelnen Verfügungen korrespektiver Natur sind oder nicht, kommt hier nichts an. Anders § 2270 Abs. 1, wo aber Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments durch Personen, die Ehegatten wirklich sind, vorausgesetzt ist.

[21]) Nach § 1324 ist eine wegen Formmangels nichtige, aber doch in das Heiratsregister eingetragene Ehe im Falle der späteren Verwirklichung der daselbst bezeichneten Voraussetzungen als von Anfang an gültig anzu-

Digitized by Google

weiter in Betracht kommen.[22]) Anders verhält es sich jedoch, wenn die von den Errichtern des gemeinschaftlichen Testaments rechtsgültig geschlossene Ehe späterhin vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist, oder wenn der „Erblasser" (§ 2077), d. i. hier der zuerst oder mit dem anderen Ehegatten gleichzeitig[23]) verstorbene Ehegatte,

---

sehen. Trifft dies im konkreten Falle zu, so steht daher auch die ursprüngliche Nichtigkeit der Ehe der Wirksamkeit des von den vorläufigen Scheinehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testaments nicht entgegen. Ein von Verlobten errichtetes gemeinschaftliches Testament gelangt dagegen — obschon sich dies sachlich sehr wohl rechtfertigen ließe (vgl. auch § 2276 Abs. 2) — dadurch, daß diese später eine gültige Ehe eingehen, nicht zur Wirksamkeit (vgl auch Protokolle V S. 427).

[22]) Die Prüfung des konkreten Sachverhalts kann übrigens zu dem Ergebnis führen, daß es sich um ein wegen der Nichtigkeit der Ehe als ungültig zu behandelndes gemeinschaftliches Testament gar nicht handelt, sondern um zwei selbständige Testamente, von welchen jedes für sich zu beurteilen ist. Beispiel: Nachdem einer der Scheinehegatten ein eigenhändiges Testament errichtet hat, schreibt der andere Scheinehegatte auf dasselbe Blatt unter vollständiger Beobachtung der Vorschrift des § 2231 Nr. 2 sein Testament. Da hier jeder Teil für sich die Testamentsform erfüllt hat, so liegen zwei selbständige Testamente vor, auf die das im Texte hinsichtlich des gemeinschaftlichen Testaments Gesagte keine Anwendung findet. Doch greift unter Umständen die Vorschrift des § 2077 ein.

[23]) Die im Texte berührte Möglichkeit des gleichzeitigen Versterbens beider Gatten muß beim gemeinschaftlichen Testament offenbar eine andere Beurteilung erfahren als in den durch die Vorschrift des § 2077 unmittelbar getroffenen Fällen. In diesen können nur Zuwendungen in Frage kommen, die ein Ehegatte dem anderen gemacht hat. Sterben beide Ehegatten gleichzeitig, so ist die Wirksamkeit der fraglichen Zuwendungen schon durch § 1923 bzw. § 2160 ausgeschlossen. Beim gemeinschaftlichen Testament steht aber auch die Wirksamkeit von letztwilligen Verfügungen in Frage, die Zuwendungen an einen Gatten nicht aussprechen, und hinsichtlich dieser Verfügungen muß das im § 2268 für den Fall des § 2077 Abs. 1 Satz 2 Bestimmte auch dann gelten, wenn beide Ehegatten gleichzeitig sterben. Noch weiter geht Planck-Ritgen Erl. 1c z. § 2268. Er will den § 2268 selbst dann zur Anwendung bringen, wenn der klagende und zur Klage auch berechtigte Gatte den verklagten Gatten überlebt hat. Hiergegen spricht aber, daß die im § 2268 berufene Vorschrift des § 2077 — wie sich aus der Vergleichung mit § 1933 ergibt — Gestaltungen voraussetzt, in denen dem überlebenden Gatten ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem verstorbenen nicht zukommt. In dem von Planck-Ritgen bezeichneten Falle steht dagegen dem überlebenden Gatten das gesetzliche Erbrecht gegenüber dem verstorbenen zu (vgl. oben § 10 d. T.). Diese Fälle werden daher auch durch § 2268 nicht getroffen. Freie Beurteilung

Digitized by Google

zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des anderen Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits erhoben hatte. Ob die im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen auch für diese Fälle gelten sollen, ist eine im Zweifel freilich zu verneinende, möglicherweise aber doch auch zu bejahende Auslegungsfrage. Vgl. § 2268.

IV. Wenn schon es nicht zum Wesen des gemeinschaftlichen Testaments gehört, daß die testierenden Ehegatten sich gegenseitig als Erben einsetzen oder auch nur vermächtnisweise bedenken, so werden doch gerade solche Verfügungen in aller Regel seinen Inhalt bilden. Das testamentum simultaneum wird [also sehr häufig zugleich auch testamentum reciprocum (mutuum) sein.[24]) In Verbindung mit der gegenseitigen Einsetzung des einen Ehegatten als Erben des anderen wird in gemeinschaftlichen Testamenten nicht selten auch verfügt, daß der beiderseitige Nachlaß nach dem Tode des Überlebenden an einen Dritten fallen soll. Dies kann in zweifacher Weise[25]) aufgefaßt werden: Entweder so, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten eingesetzt gilt, oder so, daß er in Ansehung des Nachlasses des vorverstorbenen Ehegatten als Nacherbe, dem der überlebende Ehegatte als Vorerbe vorangeht, und nur in Ansehung des sonstigen Vermögens des überlebenden Ehegatten als Erbe in Betracht kommen soll. Nach § 2269 Abs. 1[25a]) hat man sich im Zweifel für die erste Annahme zu entscheiden.[26]) Haben aber Ehegatten in einem gemein-

---

der in Frage stehenden Verfügungen kann aber trotzdem zu dem Ergebnis führen, daß sie nur als bedingte gewollt sind.

[24]) Trifft dies nicht zu, so spricht man von einem testamentum mere simultaneum.

[25]) Über eine eigenartige ältere, jetzt allgemein aufgegebene dritte Auffassung vgl. Dernburg preuß. Priv. R. III § 183 bei Anm. 3 und Planck-Ritgen Erl. 2a (1)[Z]. § 2269.

[25a]) Vgl. Friedrichs im Recht 1901 S. 113.

[26]) Die praktische Bedeutung dieser Behandlung tritt besonders nach folgenden Richtungen hin hervor: 1. Der [zuletzt verstorbene Gatte ist in Ansehung des auf ihn übergegangenen Vermögens des vorverstorbenen Gatten schlechthin Erbe, nicht bloß Vorerbe. 2. Der Dritte leitet sein Erbrecht aus einer Erbeinsetzung ab, die als von dem zuletzt verstorbenen Gatten in Ansehung des in seiner Person vereinigten Gesamtvermögens getroffen anzusehen ist.

Digitized by Google

schaftlichen Testament, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, ein erst nach dem Tode des Überlebenden zu erfüllendes Vermächtnis angeordnet, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Überlebenden[27]) anfallen soll (§ 2269 Abs. 2).

Obschon es ferner möglich ist, daß die in einem gemeinschaftlichen Testamente enthaltenen beiderseitigen Verfügungen völlig unabhängig nebeneinander stehen, so wird sich doch sehr häufig die Annahme eines derartigen Zusammenhangs der beiderseitigen Verfügungen[28]) aufdrängen, vermöge dessen die Verfügungen des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügungen des anderen getroffen sein würden.[28a]) Man spricht in solchem Falle von einer Korrespektivität der beiderseitigen Verfügungen, von einem testamentum correspectivum. Ob und inwieweit Korrespektivität vorliegt, ist durch Auslegung

---

3. Der Dritte muß, wenn ihm die Erbeinsetzung zu statten kommen soll, den Tod des zuletzt verstorbenen Gatten erleben (§ 1923); in Ansehung des Nachlasses des verstorbenen Gatten kann zu Gunsten des Dritten ein Voranfall im Sinne des § 2108 Abs. 2 nicht stattfinden. 4. Überlebt der Dritte den Tod des zuletzt verstorbenen Gatten nicht, so kann möglicherweise eine Ersatzberufung eintreten, also auch, dafern die Voraussetzungen dafür vorliegen, die nach § 2069 im Zweifel anzunehmende; zu diesen Voraussetzungen gehört aber insbesondere, daß der Dritte, dessen Abkömmling als Ersatzerbe in Betracht kommen soll, ein Abkömmling des Erblassers, d. h. ein Abkömmling des zuletzt verstorbenen Gatten ist. Doch kann die Auslegung im konkreten Falle zu einem über den Wortlaut des § 2069 hinausgehenden Ergebnis führen.

27) Dies beruht wieder auf der Auffassung, daß die vermächtnisweise Zuwendung von jedem Ehegatten als eine von ihm ausgehende nur für den Fall gewollt ist, daß er nicht der Vorversterbende sein werde. Als derjenige Erblasser, welchem der Dritte das Vermächtnis verdankt, kann daher nur der überlebende Gatte gelten und aus diesem Grunde muß der dritte Vermächtnisnehmer den Tod des zuletzt verstorbenen Gatten überleben (§ 2160). Unzutreffendes bei Wilke S. 244 unter Z. 2. Vgl. dagegen Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2269.

28) Cosack II § 360, IV 3b und im Anschluß an ihn Planck-Ritgen Erl. 2 a. E. z. § 2270 u. Herzfelder S. 532 sprechen auch von einer sogenannten einseitigen Korrespektivität, bei der zwar hinsichtlich der Anordnung des einen Ehegatten anzunehmen ist, daß sie nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, nicht aber auch umgekehrt. Allein hierbei liegt wahre Korrespektivität nicht vor. Vgl. unten § 43a Anm. 9.

28a) Die Protokolle V S. 450, 451 charakterisieren die Art dieses Zusammenhangs zutreffend als „Zusammenhang im Motiv."

Digitized by Google

festzustellen. Im Zweifel (vgl. § 2270) ist sie als vorhanden anzunehmen:

1. wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken;[29])

2. wenn der Ehegatte A dem Ehegatten B eine Zuwendung macht, wogegen der Ehegatte B (hierbei regelmäßig von der Voraussetzung ausgehend, daß er den Ehegatten A überleben werde) eine Verfügung zu Gunsten einer Person trifft, die dem Ehegatten A verwandt ist oder sonst nahe steht.[30])

Soweit Korrespektivität vorliegt, hat die Nichtigkeit und der Widerruf[31]) der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge (§ 2270 Abs. 1). Das Gesetz behandelt darnach also korrespektive Verfügungen so, als ob die eine unter der Bedingung getroffen worden wäre, daß die andere nicht nichtig ist und nicht widerrufen wird.[32]) Dies findet jedoch auf andere letztwillige An-

---

[29]) Das Bedenken kann sowohl in einer Erbeinsetzung als in einer vermächtnisweisen Zuwendung bestehen.

[30]) Unberücksichtigt läßt das Gesetz den Fall, daß beide Ehegatten lediglich Verfügungen zu Gunsten Dritter oder Auflageverfügungen getroffen haben. Ob hierbei Korrespektivität anzunehmen ist, muß also nach Lage der konkreten Umstände entschieden werden.

[31]) Bemerkenswert ist, daß was im § 2270 Abs. 1 für den Fall der Nichtigkeit und des Widerrufs der einen Verfügung bestimmt ist, nicht auch auf den Fall der etwa dadurch eintretenden Unwirksamkeit dieser Verfügung ausgedehnt wird, daß der bedachte Dritte vor dem Erblasser stirbt. Immerhin können aber doch die konkreten Umstände dafür sprechen, daß auch schon ein derartiges Unwirksamwerden der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge haben soll.

[32]) Hierbei ist aber auf zwei Punkte nachdrücklich aufmerksam zu machen. 1. Das Gesetz fordert nicht, daß korrespektive Verfügungen als bedingte erklärt werden; aber es behandelt sie als bedingte und zwar unter Voraussetzungen, die sonst zur Annahme wirklicher Bedingtheit nicht genügen würden. Beispiel: X legt ein eigenhändiges Testament, laut dessen er seinen Freund Y als Erben einsetzt und worin er zugleich die Erwartung ausspricht, daß Y dem entsprechend auch ihn, den X, als Erben einsetzen werde, dem Y vor. Y sieht sich hierdurch zur Errichtung eines Testaments veranlaßt, in dem er verfügt: „Mit Rücksicht auf das mir vorgelegte Testament des X setze ich diesen als meinen Erben ein." Als Y einige Zeit darauf stirbt, kommt dessen Testament zum Vorschein, stellt sich aber außerdem auch heraus, daß X sein Testament schon vor dem Tode des Y in Widerrufsabsicht zerrissen hatte. Wie ist das Testament des Y unter diesen Verhältnissen rechtlich zu beurteilen?

Digitized by Google

ordnungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen keine Anwendung (§ 2270 Abs. 3 u. hierzu Anm. 32 a. E.), d. h. das Gesetz erkennt bei letztwilligen Verfügungen anderer Art Korrespektivität im technischen Sinne nicht an.

Obschon nicht in Zweifel gezogen werden kann, daß Y seine Verfügung ohne die ihm vorgelegte des X nicht getroffen haben würde (§ 2270 Abs. 1), so wird die Verfügung des Y doch nicht als unter der Bedingung getroffen angesehen werden dürfen, daß X seine Verfügung nicht widerrufe, sondern nur als eine solche, zu der sich Y durch die später als irrig sich herausstellende Erwartung bestimmen ließ, daß ein Widerruf der von X getroffenen Verfügung unterbleiben werde. Demgemäß stellt sich daher das Testament des Y nicht etwa als ein wegen des Ausfalls einer stillschweigenden Bedingung unwirksam gewordenes dar, sondern als ein nach § 2078 Abs. 2 wegen eines Irrtums im Beweggrund anfechtbares. Ganz anders verhält es sich dagegen bei korrespektiven Verfügungen nach § 2270 Abs. 1. Hebt der eine Teil seine Verfügung korrespektiver Natur auf, so ist die Verfügung des anderen Teiles, die ohne jene aufgehobene nicht getroffen sein würde, nicht bloß anfechtbar, sondern ohne weiteres unwirksam. 2. Durch das unter Z. 1 Gesagte ist der richtige Standpunkt für die Beurteilung des Abs. 3 von § 2270 gewonnen. Die Vorschrift will folgendes besagen: Selbst wenn hinsichtlich einer sonstigen, z. B. familienrechtlichen Anordnung des einen Erblassers die Annahme begründet sein sollte, daß sie ohne eine, sagen wir gleichfalls familienrechtliche Anordnung des anderen Erblassers nicht getroffen sein würde, so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung doch noch nicht die Unwirksamkeit der anderen zur Folge; oder m. a. W. es wird hier nicht schon von Rechtswegen Bedingtheit der Anordnung angenommen, sondern es bewendet bei der Vorschrift des § 2078, wonach eine letztwillige Verfügung anfechtbar ist, zu der der Erblasser durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist. Durch die Vorschrift des Abs. 3 von § 2270 ist den Erblassern übrigens die Möglichkeit nicht verschlossen, „andere Verfügungen" (als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen) in einem gemeinschaftlichen Testament derart zu treffen, daß das von dem einen Ehegatten in dieser Beziehung Verfügte nur gelten soll, wenn die entsprechende Verfügung des anderen Teiles nicht nichtig ist und auch nicht aufgehoben wird. Selbst in solchen Fällen gilt aber für die hier in Frage stehenden „anderen" Verfügungen das spezifische Recht der korrespektiven Verfügungen nicht. Das ist zwar in Abs. 3 von § 2270 nicht direkt ausgesprochen, ergibt sich aber aus dem Zusammenhang dieser Bestimmung mit Abs. 2 von § 2278. Eine wichtige Konsequenz hiervon ist, daß die für den Widerruf korrespektiver Verfügungen geltenden besonderen Bestimmungen (§ 2271) auf die uns hier beschäftigenden „anderen" Verfügungen keinesfalls zur Anwendung zu bringen sind.

Digitized by Google

B. Widerruf.

§ 43a.

Der Widerruf, der in einem gemeinschaftlichen Testament[1]) enthaltenen Verfügungen gestaltet sich sehr verschieden:

I. Er kann durch einen gemeinschaftlichen Akt der Ehegatten erfolgen u. zw.

1. Durch ein neues gemeinschaftliches Testament,[2]) das entweder den ausdrücklichen Widerruf des früheren Testaments ausspricht oder lediglich vermöge seines Inhalts nach Maßgabe des § 2258 aufhebend wirkt.

2. Durch einen zwischen den Ehegatten geschlossenen Erbvertrag; seine aufhebende Kraft bestimmt sich nach § 2289 Abs. 1 Satz 1.

3. Durch gemeinschaftliche (§ 2272) Zurücknahme des vor einem Richter oder einem Notar oder nach § 2249 errichteten Testaments nach Maßgabe des § 2256.[3])

4. Durch gemeinschaftliche Vernichtung[4]) der Testamentsurkunde in Verbindung mit beiderseitiger Widerrufsabsicht (vgl. § 2255 mit § 2272). In gleicher Weise[5]) muß die in beiderseitiger Widerrufsabsicht gemeinschaftlich erfolgende Durchstreichung

---

[1]) In betreff eines vor dem 1. 1. 1900 errichteten gemeinschaftlichen Testaments vgl. Art. 214 Abs. 2 EG. S. auch RGE. Bd. 50 S. 316.

[2]) Dies ergibt sich per argumentum a maiori ad minus aus § 2292. Hervorzuheben ist, daß ein korrespektives Testament durch ein neues gemeinschaftliches Testament derselben Ehegatten selbst dann aufgehoben werden kann, wenn das letztere ein testamentum correspectivum nicht ist.

[3]) Bei einem nach Maßgabe von § 2231 Nr. 2 und § 2267 errichteten und auf Verlangen beider Erblasser nach § 2248 in amtliche Verwahrung genommenen gemeinschaftlichen Testamente knüpft sich an die Rücknahme die Aufhebungswirkung selbstverständlich nicht. Trotzdem wird nicht bezweifelt werden können, daß auch ein solches Testament nur auf einverständliches Begehren beider Erblasser aus der amtlichen Verwahrung herausgegeben und nur beiden Erblassern persönlich zurückgegeben werden darf. (§§ 2272, 2256).

[4]) Gemeinschaftlich ist aber die Vernichtung auch dann, wenn sie tatsächlich nur von dem einen Gatten, aber mit dem Willen des anderen vorgenommen wurde. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. IIb zu § 2271.

[5]) Anders wie es scheint Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2267. Allein es fehlt an jedem Grunde, gemeinschaftliche Durchstreichungen grundsätzlich anders zu beurteilen als die gemeinschaftliche Vernichtung des Testaments.

Digitized by Google

einzelner Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments hinsichtlich eben dieser Verfügungen wirken (§ 2255).[6])

II. Der Widerruf braucht aber nicht notwendig ein gemeinschaftlicher zu sein. Die bloße Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsvorgangs schließt vielmehr die Möglichkeit des einseitigen Widerrufs der von jedem Erblasser im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen noch nicht aus. Die für den Widerruf von letztwilligen Anordnungen maßgebenden allgemeinen Grundsätze erfahren jedoch bei gemeinschaftlichen Testamenten erhebliche Abweichungen.

1. In den Fällen des § 2256 Abs. 1 ist die Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments auf Grund einseitigen Antrags eines Ehegatten ausgeschlossen (§ 2272).[6a]) Sollte die Rückgabe trotzdem

---

[6]) Wie verhält es sich mit nachträglich aber doch gemeinschaftlich vorgenommenen Einschaltungen in den Text des gemeinschaftlichen eigenhändigen Testaments? Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2267 hält sie, gleichviel in welcher Gestalt das gemeinschaftliche eigenhändige Testament errichtet worden ist, für schlechthin wirkungslos und will nachträgliche Änderungen positiver Natur nur in der Form eines Zusatzes, der allen Anforderungen an ein neues gemeinschaftliches eigenhändiges Testament entspricht, zulassen. Als entscheidender Grund wird angegeben, daß, selbst wenn solche Änderungen auch von dem einen Ehegatten eigenhändig mit Zustimmung des andern Teiles vorgenommen werden, diese Zustimmung doch in der Urkunde nicht hervortritt. Hiergegen dürfte aber doch zu bemerken sein, daß die Übereinstimmung beider Teile jedenfalls dann in der Urkunde hervortritt, wenn jeder der beiden Teile den vollen Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments eigenhändig niedergeschrieben hat und wenn dann jeder Teil an seiner Niederschrift eigenhändig dieselbe Änderung vornimmt. Ist aber das gemeinschaftliche Testament genau nach Maßgabe des § 2267 errichtet worden, so tritt die Übereinstimmung der Ehegatten bezüglich der nachträglichen Änderung im Testament selbst auch dann hervor, wenn der eine Ehegatte die Änderung in den von ihm geschriebenen Text des Testaments eigenhändig einfügt, der andere Ehegatte aber in den Text der von ihm niedergeschriebenen Erklärung eigenhändig die Bezugnahme auf die Änderung des Testamentstextes einschreibt. Vgl. auch Herzfelder S. 528 (Z. 3). In Konsequenz der grundsätzlichen Auffassung des Reichsgerichts hinsichtlich der Richtigkeit des Orts- und Zeitdatums (vgl. oben § 21a Anm. 29) müßte jedoch in Fällen solcher Art dem von jedem Gatten ursprünglich geschriebenen Orts- und Zeitdatum das abweichende Orts- und Zeitdatum der Ergänzung eigenhändig beigefügt oder jenes durch dieses eigenhändig ersetzt werden.

[6a]) Nach dem Tode eines Ehegatten kann somit von Rücknahme des Testaments im Sinne des § 2256 überhaupt nicht mehr die Rede sein.

Digitized by Google

erfolgen, so knüpft sich an sie aber doch selbst hinsichtlich der vom Antragsteller getroffenen Verfügungen nicht der Widerrufseffekt.

2. Als grundsätzlich ausgeschlossen muß auch angesehen werden der einseitige Widerruf aller oder einzelner von einem Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen durch die im § 2255 bezeichneten Handlungen, also durch Vernichtung der Testamentsurkunde, Durchstreichen u. dgl.[7])

3. Die im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen nicht korrespektiver Natur kann derjenige Ehegatte, von welchem sie als verfügt anzusehen sind, jederzeit ohne Wissen und Willen des anderen Gatten durch Testament widerrufen oder abändern.[8])

4. Ganz besondere Vorschriften sind für den Widerruf der in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen korrespektiven Verfügungen maßgebend.[9]) Hierbei ist, abgesehen von dem unter c) zu behandelnden eigentümlichen Falle, wieder zwischen dem Widerruf

---

[7]) Eine Abweichung hiervon dürfte jedoch dann anzunehmen sein, wenn jeder Erblasser die von ihm ausgehenden Verfügungen besonders niedergeschrieben hat. Hier scheint ein Bedenken dagegen, daß der betreffende Erblasser die von ihm getroffene nicht korrespektive Verfügung durch Durchstreichung aufhebt, nicht vorzuliegen.

[8]) Im Falle eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments kann die Frage praktisch werden, ob der Widerruf der Anordnung auch dann wirksam ist, wenn er in einer den Anforderungen an ein eigenhändiges Testament entsprechenden Form dem gemeinschaftlichen Testament als Zusatz beigefügt worden ist. Hierauf wird bejahend zu antworten sein.

[9]) Gelten diese Vorschriften auch für die von Cosack und Planck-Ritgen hervorgehobenen Fälle (vgl. oben § 43 Anm. 28) sog. einseitiger Korrespektivität? Dies ist zu verneinen. Was zunächst den Widerruf derjenigen Verfügung des einen Ehegatten betrifft, hinsichtlich welcher anzunehmen ist, daß sie ohne die Verfügung des anderen Ehegatten nicht getroffen sein würde, so kann ihr Widerruf der Beschränkung des § 2271 deshalb nicht unterliegen, weil ihr Bestand für die Entschließung des anderen Ehegatten nicht maßgebend ist. Die Verfügung des anderen Gatten ist aber eine korrespektive in keinem Sinne und kann deshalb durch die auf korrespektive Verfügungen sich beziehenden Vorschriften nicht betroffen werden. Das Ergebnis ist also, daß bei sog. einseitiger Korrespektivität Korrespektivität im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. In den von Cosack und Planck-Ritgen bezeichneten Fällen wird somit, wenn die Verfügung des einen Gatten, ohne die der andere Gatte seine Verfügung nicht getroffen haben würde, nichtig ist oder widerrufen wird, die Verfügung des anderen Gatten lediglich nach § 2078 Abs. 2 anfechtbar sein.

Digitized by Google

bei Lebzeiten des anderen Ehegatten und dem Widerruf nach dem Tode desselben zu unterscheiden.

a) Widerruf bei Lebzeiten des anderen Teiles. Er hat nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 2296 mittels einer dem anderen Teile gegenüber[10]) abzugebenden gerichtlich oder notariell

---

[10]) Es handelt sich also um eine sogenannte empfangsbedürftige und demgemäß nach den §§ 130 bis 132 zu beurteilende Erklärung. Ist die Abgabe derselben unter Abwesenden erfolgt, so kommt darauf, ob der andere Teil von der Erklärung des widerrufenden Teiles wirklich Kenntnis erlangt hat, nichts an (§ 130). Nicht minder bemerkenswert ist, daß der Widerrufseffekt nach § 130 Abs. 2 auch dann eintritt, wenn der Widerrufende nach der Abgabe, aber vor dem Zugehen der Widerrufserklärung an den anderen Teil stirbt. Aus § 131 Abs. 1 muß geschlossen werden, daß die Widerrufserklärung im Falle der Geschäftsunfähigkeit des anderen Ehegatten nicht wirksam wird, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Zweifelhafter ist, welche Bewandtnis es in unserem Falle mit der Vorschrift des § 131 Abs. 2 hat. Hält man sich an den Wortlaut, so wird man sagen müssen, daß der Widerruf bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des anderen Ehegatten regelmäßig erst wirksam wird, wenn die abgegebene Widerrufserklärung dem gesetzlichen Vertreter des anderen Ehegatten zugeht, und daß es sich anders nur verhält, wenn der gesetzliche Vertreter in die Abgabe der Erklärung an den von ihm zu vertretenden Ehegatten eingewilligt hat; denn davon, daß die Widerrufserklärung dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, kann ja keine Rede sein. Sachlich befriedigend ist dieses Ergebnis aber deshalb nicht, weil die Tendenz der Vorschrift des § 2271 Abs. 1 Satz 1 doch offenbar dahin geht, daß der andere Teil durch den ihm bekannt gewordenen Widerruf des einen Teiles in die Lage versetzt werde, die von ihm selbst getroffene und nunmehr unwirksam gewordene Verfügung durch eine neue Verfügung von Todeswegen zu ersetzen. Eine solche kann aber nur der andere Teil selbst, keinesfalls der gesetzliche Vertreter für ihn errichten. Die Rechtsanwendung dürfte sich deshalb vielleicht dazu gedrängt sehen, in denjenigen Fällen, in welchen der andere Teil trotz seiner nur beschränkten Geschäftsfähigkeit testierfähig ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber dem anderen Teile selbst für maßgebend zu erachten. In betreff der Konsequenzen, zu welchen die Anwendung des § 132 führt, vgl. Hellwig, Verträge S. 643. Er bezeichnet das Operieren mit einer durch öffentliche Zustellung zu bewirkenden Verfügung von Todeswegen mit Recht als ein Unikum in der Rechtsgeschichte. (Gegenüber der von Hellwig a. a. O. Anm. 332 gemachten Bemerkung ist jedoch zu erinnern, daß, indem in der 1. Auflage dieses Buches S. 58, 62 auf die hinsichtlich empfangsbedürftiger Willenserklärungen maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen hingewiesen wurde, damit § 132 von selbst mit herangezogen war).

Digitized by Google

beurkundeten Erklärung[11]) zu erfolgen.[12]) „Durch eine neue Verfügung von Todeswegen[13]) kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des

---

[11]) Nur die Erklärung des Widerrufenden bedarf der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Übermittelung dieser Erklärung an den anderen Ehegatten kann im allgemeinen auch formlos geschehen. Besonderes gilt jedoch, wenn die Zustellung nach § 132 Abs. 1 durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers oder, weil der Aufenthalt des anderen Teiles unbekannt ist, zufolge des Abs. 2 von § 132, nach den Vorschriften der CPO. über die öffentliche Zustellung einer Ladung zu erfolgen hat. In den übrigen Fällen ist übrigens eine amtliche Beurkundung der Übermittelung der Erklärung selbstverständlich empfehlenswert.

[12]) Hieraus ergibt sich eine sehr erhebliche und bedenkliche Beschränkung der Widerrufsfreiheit (vgl. auch Loewenwald S. 65 ff., Hellwig a. a. O. S. 643). Man vergegenwärtige sich doch nur, wie viele Mittel ein Ehegatte gegen den anderen — zumal wenn dieser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist — hat, um die ihm gegenüber zu bewirkende Abgabe einer gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung zu verhindern, und wie groß die Schwierigkeiten des Widerrufs werden können, wenn der Ehegatte, dem gegenüber der Widerruf erfolgen soll, abwesend oder unbekannten Aufenthalts ist (§§ 130, 132), oder wenn gar zweifelhaft ist, ob derselbe noch lebt oder bereits gestorben ist. Ein weiteres Bedenken entspringt aus dem Gegensatz, in dem die Bestimmung des § 2271 Abs. 1 Satz 1 zu den Vorschriften über die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente steht. Errichtet werden kann ein gemeinschaftliches Testament auch ohne Zuziehung von Richter oder Notar, so bei Verwendung der eigenhändigen Form, oder, wenn die Voraussetzungen hierzu vorhanden sind, bei Verwendung einer außerordentlichen Testamentsform; trotzdem kann die in einem gemeinschaftlichen Testamente enthaltene korrespektive Verfügung ohne Zuziehung von Richter oder Notar einseitig nicht widerrufen werden! In betreff der Zweckmäßigkeit der in § 2271 Abs. 1 Satz 1 getroffenen Vorschrift war man übrigens in der zweiten Kommission sehr geteilter Meinung. Die Mehrheit ließ sich vor allem von der Erwägung leiten, daß der Widerruf der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen korrespektiven Verfügung mit der Erklärung des vorbehaltenen Rücktritts von einem Erbvertrag die größte Verwandtschaft habe, und daß sich deshalb die Festhaltung der im § 2296 Abs. 2 vorgeschriebenen Form auch für unseren Fall rechtfertige. Als maßgebend sah man ferner an, daß es doch zweifellos loyaler sei, wenn die Aufhebung der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen korrespektiven Verfügung mit Wissen des anderen Teiles bewirkt werde, als wenn sie hinter dessen Rücken erfolge. Vgl. auch Küntzel, S. 605. Der erste Teil dieser Begründung entbehrt selbstverständlich für denjenigen der Beweiskraft, welcher die Bestimmung des § 2296 Abs. 2 schon in ihrer Anwendung auf den vorbehaltenen Rücktritt von einem Erbvertrag nicht für ganz angemessen erachtet. Ganz abgesehen hiervon darf nicht übersehen werden, daß bei einem gemeinschaftlichen Testament im Gegensatz zu einem Erbvertrag mit vor-

Digitized by Google

anderen seine Verfügung nicht einseitig[14]) aufheben" (§ 2271 Abs. 1 Satz 2). Wie hat man dies zu verstehen?[15]) Die nächstliegende und zugleich der Absicht des Gesetzes allein entsprechende Auffassung ist, daß der nicht gemeinschaftliche und in diesem Sinne einseitige Widerruf einer korrespektiven Verfügung bei Lebzeiten beider Gatten überhaupt nur[16]) nach Maßgabe des § 2271 Abs. 1 Satz 1 stattfinden kann.[17])

---

behaltenem Rücktrittsrecht eine vertragsmäßige Bindung der Ehegatten nicht vorliegt. Der vorerwähnten zweiten Erwägung kann man unbedenklich zustimmen; die praktisch-technische Angemessenheit der Vorschrift des § 2271 Abs. 1 Satz 1 wird aber auch hierdurch nicht dargetan. Dazu kommt noch, daß der durch die Vorschrift des § 2271 Abs. 1 angestrebte Zweck mit Rücksicht auf Abs. 2 desselben § vollständig doch nicht erreicht werden kann. Denn jeder Ehegatte muß, auch wenn ein Widerruf nach § 2271 Abs. 1 nicht erfolgt, doch mit der Möglichkeit rechnen, daß der andere Teil im Falle seines Überlebens nach Maßgabe von § 2271 Abs. 2 vorgeht.

[13]) Der Ausdruck „Verfügung von Todeswegen" steht hier im Gegensatz zu der Widerrufserklärung im Sinne des § 2271 Abs. 1 Satz 1, obschon nicht zu bezweifeln ist, daß auch dieser der Charakter einer Verfügung von Todeswegen zukommt. Dies zeigt sich insbesondere darin, daß auch der Widerruf nach § 2271 Abs. 1 nur von einem widerrufsfähigen Erblasser vorgenommen werden kann und daß Vornahme des Widerrufs durch einen Vertreter ausgeschlossen ist.

[14]) Hellmann, S. 224, 225 führt aus: „den Gegensatz von einseitiger Verfügung von Todeswegen bildet die zweiseitige und diese ist der Vertrag wie bei der Aufhebung des Erbvertrags." Das geht offenbar zu weit. Vgl. dazu das auf S. 329 des Textes über die verschiedenen Arten des gemeinschaftlichen Widerrufs Gesagte.

[15]) Auf Grund der Erwägung, daß die Durchführung der im Texte bezeichneten Auffassung nicht überall zu befriedigenden Ergebnissen führt, ist in den früheren Auflagen d. B. (2. Aufl. S. 185 ff.) der Versuch gemacht worden, die Vorschrift des § 2271 Abs. 1 Satz 2 in dem Sinne zu deuten, daß ein Ehegatte mit — sei es auch formloser — Zustimmung des anderen eine korrespektive Verfügung durch neue Verfügung von Todeswegen allerdings aufheben kann. Mehrere Schriftsteller (Loewenwald, Märker, Wilke, Matthiaß, Eichhorn, Lehmann) haben sich dem angeschlossen. Der Verfasser d. B. gibt jedoch diesen mit dem Sprachgebrauch des Gesetzes und mit der Auffassung der zweiten Kommission nicht in Einklang zu bringenden und zu sachlich wirklich befriedigenden Lösungen doch nicht führenden Standpunkt nunmehr auf.

[16]) Für diese Auffassung besonders Küntzel S. 606 und eingehend Planck-Ritgen Erl. II b z. § 2271.

[17]) Die im Texte bezeichnete Form des Widerrufs ist auch dann not-

Digitized by Google

Einige Einschränkungen sind aber doch noch beizufügen:

α) Zufolge besonderer Bestimmung des gemeinschaftlichen Testaments kann die einseitige Aufhebung korrespektiver Verfügungen der Bestimmung des § 2271 Abs. 1 Satz 1 gegenüber wesentlich erleichtert sein. So z. B. in der Art, daß jedem Gatten für den Fall, daß er der zuerst Versterbende ist, gestattet wird, seine korrespektive Verfügung durch Testament mit der Wirkung aufzuheben, daß damit auch die korrespektiven Verfügungen des Überlebenden in sich zusammenfallen.[18]) Oder so, daß ein Gatte für befugt erklärt wird, eine bestimmte korrespektive Verfügung beim Eintritt eines gewissen Falles, unbeschadet der fortdauernden Wirksamkeit der Verfügungen des anderen Teiles durch Testament aufzuheben.[18a])

β) Nach § 2291 kann eine erbvertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, von dem

---

wendig, wenn der Erblasser die von ihm getroffene korrespektive Verfügung abändern oder den durch die korrespektive Verfügung Bedachten mit Vermächtnissen oder Auflagen beschweren will. Zur Erreichung des von ihm angestrebten Erfolgs muß der Erblasser dann einerseits den Widerruf nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 vornehmen und andererseits die von ihm gewollte Veränderung durch Verfügung von Todeswegen treffen. Dabei wird es aber als zulässig zu erachten sein, daß der Erblasser in der gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung den Punkt genau bezeichnet, hinsichtlich dessen er Abänderung anstrebt. Hierdurch wird bewirkt, daß die im gemeinschaftlichen Testament enthaltene Verfügung des Erblassers im übrigen bestehen bleibt und durch die neue Verfügung von Todeswegen nur ihre Ergänzung findet. Schlägt der Erblasser diesen Weg nicht ein, so wird die im gemeinschaftlichen Testament enthaltene und später widerrufene Verfügung durch den unbeschränkt erklärten Widerruf vollständig aufgehoben und muß der Erblasser in die neue Verfügung von Todeswegen nicht nur die gewollte Änderung, sondern auch dasjenige, was von der aufgehobenen Verfügung bestehen bleiben soll, aufnehmen. Mag der Erblasser aber nun in diesem oder jenem Sinne vorgehen, so wird durch den von ihm erklärten Widerruf die korrespektive Verfügung des anderen Gatten ganz aufgehoben und verliert auch die Verfügung des widerrufenden Gatten ihren korrespektiven Charakter vollständig.

[18]) Hier wird offenbar die Korrespektivität der in Frage stehenden Verfügungen durch die ihre einseitige Aufhebung erleichternde Bestimmung des gemeinschaftlichen Testaments nicht berührt.

[18a]) Hiermit ist allerdings zugleich gesagt, daß die ursprünglich vorhanden gewesene Korrespektivität mit dem Eintritt des bestimmten Falles nach der im Texte bezeichneten Richtung hin zu entfallen habe. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. IIb zu § 2271.

Digitized by Google

Erblasser durch Testament dann aufgehoben werden, wenn der andere Vertragsteil seine Zustimmung zur Aufhebung durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung ausgesprochen hat. Dies muß auch auf den Widerruf von in gemeinschaftlichen Testamenten enthaltenen korrespektiven Vermächtnis- und Auflageverfügungen[19]) zur entsprechenden Anwendung gebracht werden.[20])

Im übrigen ist noch zu bemerken, daß eine von einem Gatten, noch bevor der Anforderung des § 2271 Abs. 1 Satz 1 entsprochen worden ist, errichtete neue Verfügung von Todeswegen keineswegs nichtig ist, sondern nur den korrespektiven Verfügungen des früheren gemeinschaftlichen Testaments gegenüber der aufhebenden Kraft entbehrt. Fallen diese korrespektiven Verfügungen aus irgend welchem Grunde in sich zusammen,[21]) so vermögen sich daher auch die in der neuen Verfügung von Todeswegen enthaltenen und im Gegensatz zu den früheren korrespektiven Verfügungen getroffenen neuen Anordnungen als wirksam zu erweisen.

b) Mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt für den Überlebenden das Recht zum Widerruf einer korrespektiven Zuwendung an einen Dritten[21a]) oder einer korrespektiven Auflage, d. h. von

---

[19]) Anders freilich Küntzel S. 607 Anm. 3 u. Planck-Ritgen Erl. IIb zu § 2271.

[20]) Andernfalls würde man zu recht seltsamen Ergebnissen gelangen. Beispiel: In einer als „gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag" bezeichneten Urkunde werden von jedem Teile sowohl vertragsmäßige, als auch nicht vertragsmäßige, aber doch korrespektive Vermächtnisse angeordnet. Rücksichtlich einer vertragsmäßigen und einer nicht vertragsmäßigen, aber korrespektiven Verfügung des einen Teiles erklärt später der andere Teil in einer den Anforderungen des § 2291 entsprechenden Urkunde seine Zustimmung zur einseitigen Aufhebung. Ist es denkbar, daß hier durch die Zustimmung nur die einseitige Aufhebung der vertragsmäßigen, nicht dagegen auch die der nicht vertragsmäßigen ermöglicht werden soll? In Fällen solcher Art ergibt sich aber freilich die Frage, wie die Erteilung der vorerwähnten Zustimmung bzw. die auf dieser Grundlage erfolgende Aufhebung der fraglichen Verfügung auf die übrigen mit ihr bisher in Zusammenhang gewesenen Verfügungen (§§ 2270, 2298) zurückwirkt. Es wird nach Maßgabe der konkreten Umstände zu entscheiden sein.

[21]) Z. B. dadurch, daß der eine oder der andere Gatte die korrespektiven Verfügungen nach Maßgabe von § 2271 Abs. 1 Satz 1 widerruft.

[21a]) Korrespektive Verfügungen des überlebenden Gatten zu Gunsten des vorverstorbenen Gatten werden mit dem Tode des letzteren selbstverständlich unwirksam (§§ 1923, 2160).

Digitized by Google

Anordnungen, die ungeachtet des Todes des anderen Ehegatten noch Bestand haben können, regelmäßig gänzlich. Anders verhält es sich jedoch:

α) Wenn der überlebende Teil das ihm von dem verstorbenen Teile Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1); oder auch ohne diese Voraussetzung,

β) wenn sich der vom Überlebenden Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, welche jenen zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder, falls der Bedachte dem Überlebenden als Pflichtteilsberechtigter nicht gegenübersteht, zur Entziehung des Pflichtteils doch berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre (§ 2271 Abs. 2 Satz 2),

γ) weitere Möglichkeiten des Widerrufs ergeben sich aus der Eigenart besonderer Fälle.

Zu α) Die hierbei in Betracht kommende nächstliegende Gestaltung ist, daß durch die korrespektive Verfügung des zuerst verstorbenen Gatten lediglich der Überlebende bedacht ist und daß die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung des Hinterlassenen noch vor dem Tode des überlebenden Gatten stattfindet. Erfolgt die Ausschlagung, so fällt zwar dadurch allein die korrespektive Verfügung des überlebenden Gatten noch nicht zusammen, sie unterliegt aber nunmehr dem freien Widerruf durch neue Verfügung von Todeswegen[22]) nach allgemeinen Grundsätzen (§ 2271 Abs. 2 zweiter HS.). Hatte der Überlebende noch vor der Ausschlagung eine die Aufhebung der korrespektiven Verfügung aussprechende Verfügung von Todeswegen errichtet, so wird diese infolge der Ausschlagung wirksam. Im Falle der Annahme des ihm Zugewendeten wird dagegen der Überlebende an seine korrespektive Verfügung so gebunden[23]) wie ein

---

[22]) Unhaltbares bei Cosack II § 360 IV 3e. Er will aus den Worten des Gesetzes („der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn" u. s. w.) ableiten, daß der Widerruf nur durch eine Verfügung von Todeswegen positiven Inhalts getroffen werden könne, und daß daher die sog. „negative Testierfähigkeit" des § 2253 Abs. 2 zur Aufhebung der korrespektiven Verfügung keinesfalls genüge.

[23]) Die Gebundenheit tritt auch dann ein, wenn der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten überlebenden Gatten die Ausschlagung unterläßt. So mit Recht Planck-Ritgen Erl. IV 1d z. § 2271.

Digitized by Google

durch Erbvertrag gebundener Erblasser.[24]) Mit Rücksicht hierauf wird aber auch nicht zu bezweifeln sein, daß der überlebende Ehegatte in diesem Falle seine unwiderruflich gewordene korrespektive Verfügung bei Vorhandensein eines der Anfechtungsgründe der §§ 2078, 2079 grundsätzlich[25]) nach den für die Anfechtung von Erbverträgen geltenden Vorschriften des § 2281 Abs. 2 anfechten kann.[26])

Einzelheiten:

a a) Das Gesetz trifft keine besondere Entscheidung für den nicht sehr ferne liegenden Fall,[27]) daß der überlebende Ehegatte, nachdem er in formgerechter Weise die Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung ausgesprochen, aber doch noch, bevor er die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der ihm gemachten Zuwendung getroffen hat, stirbt. Dabei sind wieder zwei Möglichkeiten auseinanderzuhalten.

α α) Die vom Überlebenden errichtete und später aufgehobene korrespektive Verfügung ist keine Erbeinsetzung. Dann scheint entschieden werden zu müssen, daß die Aufhebungsanordnung als wirksam zu erachten ist, wenn der Erbe des überlebenden Gatten, auf den das Ausschlagungsrecht nach § 1952 Abs. 1 bzw. § 2180 Abs. 3 übergegangen ist, die Zuwendung des vorverstorbenen Gatten ausschlägt.[28])

---

[24]) Diese Behandlung entspricht im wesentlichen einer schon in der älteren gemeinrechtlichen Praxis zur Geltung gebrachten und durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts gefestigten Auffassung (vgl. Dernburg, Pandekten III § 97 Anm. 8) und den Vorschriften des preuß. LR II, 1 §§ 490 ff. Weitere Nachweisungen bei Loewenwald S. 44 und Planck-Ritgen Erl. III z. § 2271 (zu den Ausführungen des letzteren vgl. aber auch unten Anm. 28).

[25]) Eine Ausnahme von dem im Texte Gesagten dürfte dann zu machen sein, wenn der Überlebende die Annahme des ihm Zugewendeten absichtlich herbeigeführt hat, obschon ihm die Anfechtbarkeit seiner korrespektiven Verfügung bekannt war.

[26]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. IV 3d z. § 2271. Macht der überlebende Gatte von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, so knüpft sich hieran die Folge, daß sich nicht nur seine korrespektive Verfügung, sondern auch die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Gatten als unwirksam erweist.

[27]) Eine analoge Gestaltung kann sich übrigens auch bei zweiseitigen Erbverträgen nach § 2298 Abs. 2 ergeben.

[28]) Ganz anders entscheiden Wilke S. 246 unter Z. 4 und Planck-Ritgen Erl. III u. IV, 1a z. § 2271. Beide Schriftsteller gelangen, und zwar nicht nur bei der Gestaltung unter ββ), sondern auch bei der unter αα) des

Digitized by Google

ββ) Die korrespektive Verfügung des Überlebenden war eine Erbeinsetzung zu Gunsten des X. In einem späteren die Aufhebung dieser Verfügung aussprechenden Testament hat der Überlebende

---

Textes zu dem Ergebnis, daß die Aufhebungsverfügung des Überlebenden die Aufhebung der früheren korrespektiven Verfügung nur dann bewirke, wenn die Ausschlagung der von dem vorverstorbenen Gatten gemachten Zuwendung durch den überlebenden *selbst* erfolge. *Planck-Ritgen* gibt eine sehr eingehende Begründung und betrachtet folgendes für entscheidend: 1. Nach dem BGB. erlösche das Recht des Überlebenden zum Widerruf seiner korrespektiven Verfügung grundsätzlich schon mit dem Tode des anderen Gatten. Eine Ausnahme hiervon trete nur dann ein, wenn der Überlebende das ihm vom vorverstorbenen Gatten Zugewendete ausschlage. Die Konstruktion des BGB. weiche somit von der bisher angenommenen Konstruktion insbesondere von der des preuß. LR. in einem wesentlichen Punkte ab. Die letztere habe den Widerruf der korrespektiven Verfügung durch den Überlebenden schon für wirksam gehalten, wenn dieser die ihm von dem anderen Gatten gemachte korrespektive Zuwendung *noch nicht angenommen habe*. Das BGB. mache dagegen die Wirksamkeit der Aufhebungserklärung davon abhängig, daß der Überlebende bereits *ausgeschlagen habe*. 2. Das noch nicht erloschene Ausschlagungsrecht des Überlebenden gehe grundsätzlich allerdings auf dessen Erben über. In den hierher gehörenden Fällen könne jedoch die Ausschlagung mit der in Frage kommenden Wirkung nur durch den überlebenden Gatten selbst erfolgen. „Die Annahme des Gegenteils würde zu einer unlösbaren Schwierigkeit in dem Falle führen, wenn auf Grund des neu errichteten Testaments eine andere Person (gesetzlicher oder gewillkürter) Erbe werden würde als der in dem gem. Testament Eingesetzte. Denn dem nach dem neuen Testamente Berufenen kann die Ausschlagungsbefugnis nicht zugestanden werden, weil seine Berufung erst durch die Ausschlagung Kraft gewinnen soll; der nach dem gem. Testamente Berufene aber würde, wenn die Ausschlagung die Wirkung hätte, das gem. Testament zu beseitigen, mit der Ausschlagung sich selbst die Legitimation zur Ausschlagung entziehen. Es kann also die Wirkung, die Bindung zu beseitigen, nur einer Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten selbst zugeschrieben werden." Diese Ausführungen sind aber kaum durchschlagend. 1. Es ist nicht erweislich, daß sich das BGB. durch die im § 2271 Abs. 2 enthaltene Vorschrift in prinzipiellen Gegensatz zur bisherigen Auffassung stellen wollte. Für die Normalfälle — und an sie ist im § 2271 Abs. 2 allein gedacht — liegt es vielmehr (und lag es auch nach der bisherigen Auffassung) in der Natur der Sache, daß die vom Überlebenden ausgesprochene Aufhebung der von ihm früher verfügten korrespektiven Verfügung nur dann wirksam ist, wenn er das ihm vom anderen Gatten Zugewendete wirklich ausschlägt. Denn solange die Ausschlagung noch nicht erfolgt und Annahme noch ebensogut möglich ist als Ausschlagung, kann der Überlebende ungeachtet der von ihm getroffenen aufhebenden Verfügung das ihm Zugewendete noch annehmen. 2. Warum die Ausschlagung des dem überlebenden vom vor-

Digitized by Google

dagegen den Y als Erben eingesetzt. Es dürfte anzunehmen sein, daß die korrespektive Verfügung des Überlebenden mit der Folgewirkung als aufgehoben anzusehen ist, daß auch die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Gatten in sich zusammenfällt.[28a])

b b) Hatte der vorverstorbene Gatte seine korrespektive Verfügung nicht zu Gunsten des Überlebenden, sondern zu Gunsten eines Dritten getroffen,[29]) so ergibt sich für den ersteren überhaupt nicht die Möglichkeit, eine von ihm durch neue Verfügung von Todeswegen ausgesprochene Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung mittels einer durch ihn erfolgenden Ausschlagung zur Wirksamkeit zu

---

verstorbenen Gatten Zugewendeten bei der im Texte unter αα) hervorgehobenen Gestaltung mit der daselbst angegebenen Wirkung nicht durch den Erben des Überlebenden soll erfolgen können, ist schwer zu begreifen. Bei der Gestaltung unter ββ) des Textes entsteht allerdings die von Planck-Ritgen hervorgehobene Schwierigkeit. Allein auf die im Texte angegebene Weise wird sie überwunden. Solange der überlebende Gatte noch lebt, hängt es von ihm ab, ob die von ihm ausgesprochene Aufhebungserklärung durch Ausschlagung der Zuwendung des vorverstorbenen Teiles wirksam werden und somit als sein letzter Wille gelten soll, oder ob es mit Rücksicht auf die erfolgte Annahme der Zuwendung bei der von ihm früher getroffenen korrespektiven Verfügung zu bewenden habe. Mit dem Tode des überlebenden Gatten, der die ihm vom vorverstorbenen Gatten gemachte Zuwendung zwar noch nicht ausgeschlagen, aber auch nicht angenommen hat, steht aber fest, daß die von ihm zuletzt errichtete Anordnung, und das ist seine hinsichtlich der korrespektiven Verfügung ausgesprochene Aufhebungserklärung, als sein letzter Wille gelten soll. Darin, daß bei der Gestaltung unter ββ) des Textes der in der Aufhebungserklärung eingesetzte Y zur fraglichen Ausschlagung nicht legitimiert ist, weil er Erbe nur sei, wenn jene Ausschlagung erfolgt, liegt kein unüberwindliches Hindernis zu befriedigender Lösung. Was das Gesetz will, ist nur: Abhängigmachung der Wirksamkeit der vom überlebenden Gatten ausgesprochenen Aufhebungserklärung von dem Nichteintritt des Erwerbs auf Grund der Verfügung des vorverstorbenen Gatten. Dieser Erfolg wird in den Regelfällen nach Maßgabe des § 2271 Abs. 2 erreicht. Ganz ebenso verhält es sich in den Fällen des Textes αα). Für die Fälle unter ββ) ist auf Grund des Buchstaben des Gesetzes eine Entscheidung nicht zu gewinnen. Die sich hierbei ergebende Lücke muß in tunlichster Weise nach Maßgabe der Absicht des Gesetzes ausgefüllt werden. Dies dürfte aber nur in der im Texte angegebenen Weise möglich sein. Die von Wilke und Planck-Ritgen getroffene Entscheidung gibt behufs Vermeidung von Konstruktionsschwierigkeiten das Wesen der Sache preis.

[28a]) Vgl. dazu Anm. 28.

[29]) Möglich wäre übrigens auch, daß die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Gatten lediglich eine Auflage anordnet (vgl. § 2270 Abs. 3).

Digitized by Google

bringen.[30]) Fraglich kann also nur sein, ob der Ausschlagung durch den Dritten dieselbe Bedeutung beizumessen ist, die nach § 2271 Abs. 2 der Ausschlagung der dem Überlebenden gemachten Zuwendung zukommt. Die Fassung des Gesetzes scheint grundsätzliche Bejahung auszuschließen.[31]) Eine weitere Möglichkeit ist, daß der vorverstorbene Gatte durch korrespektive Verfügung sowohl den Überlebenden als auch einen Dritten bedacht hat. Kann sich dann der Überlebende die rechtliche Möglichkeit zur Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung dadurch sichern, daß er die ihm gemachte Zuwendung ausschlägt? Eine durchgreifende Antwort kann hierauf nicht gegeben werden. Es wird vielmehr auf das Verhältnis der zu Gunsten des Überlebenden getroffenen Verfügung zu derjenigen, welche zu Gunsten des Dritten getroffen ist, ankommen. Hat man der letzteren wesentliche Bedeutung zuzuschreiben, so wird die Frage zu verneinen sein[32]), und zur Bejahung wird man sich somit nur entschließen können,[33]) wenn die Zuwendung an den Dritten im Verhältnis zur Zuwendung an den Überlebenden von nebensächlichem Belang ist. Entscheidet

---

[30]) Die sich hieraus ergebende Gebundenheit des Überlebenden kann unter Umständen recht bedenklich werden, besonders dann, wenn durch sie ein noch minderjähriger Gatte betroffen wird. Vgl. aber die Ausführung des Textes bei Anm. 26.

[31]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. IV 1b z. § 2271. Für die grundsätzliche Bejahung Hellwig, Verträge S. 648, 649. Gegen Hellwig spricht besonders auch der Umstand, daß der Überlebende an seine korrespektive Verfügung grundsätzlich auch gebunden bleibt, wenn die vom vorverstorbenen Gatten zu Gunsten des Dritten getroffene korrespektive Verfügung durch den Tod des Dritten vor dem Erbfall unwirksam geworden ist. Freie Beurteilung der Einzelfälle bleibt trotzdem möglich, und in Fällen, wo sich die Auslegung aufdrängt, daß das Unwirksamwerden der vom vorverstorbenen Gatten zu Gunsten des Dritten getroffenen Verfügung durch den Tod des Dritten vor dem Erbfall auch die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung des überlebenden Gatten zur Folge haben würde (vgl. oben § 43 Anm. 31 auf S. 327), ist damit zugleich die Auffassung nahe gelegt, daß die Ausschlagung durch den Dritten nicht anders zu beurteilen ist als die Ausschlagung der vom vorverstorbenen Gatten zu Gunsten des überlebenden selbst getroffenen Verfügung.

[32]) In Fällen solcher Art wird aber unter Umständen (vgl. Anm. 31) doch entschieden werden können, daß der Überlebende zum Widerruf berechtigt ist, wenn sowohl er als auch der bedachte Dritte ausschlägt.

[33]) Anders Planck-Ritgen Erl. IV 1b a. E. z. § 2271; er entscheidet mit Rücksicht auf § 2271 Abs. 2 durchaus für die Bejahung. Dies dürfte jedoch mit der Absicht des Gesetzes kaum zu vereinen sein.

Digitized by Google

man sich im konkreten Falle für die Bejahung, so wird sich an die Ausschlagung des dem überlebenden Gatten Zugewendeten die doppelte Folge knüpfen, daß dieser nunmehr seine korrespektive Verfügung aufheben kann, und daß die vom vorverstorbenen Gatten zu Gunsten des Dritten getroffene Verfügung nach rückwärts hin als unwirksam zu behandeln ist, wenn sich beim Tode des Überlebenden[34]) herausstellt, daß dieser seine korrespektive Verfügung in der Tat aufgehoben hat.

cc) Ist der überlebende Gatte durch korrespektive Verfügung des verstorbenen Gatten zur Erbfolge berufen, so wird sich an die Ausschlagung normalerweise[35]) die Folge knüpfen, daß der Überlebende nunmehr als gesetzlicher Erbe des Vorverstorbenen in Betracht kommt. Hier entsteht die Frage, ob der überlebende Gatte, um seine korrespektive Verfügung wirksam aufheben zu können, auch die gesetzliche Erbfolge ausschlagen muß. Die Entscheidung hängt von der Lage der Umstände ab. Die Frage ist jedenfalls zu bejahen, wenn der gesetzliche Erbteil des Überlebenden demjenigen gleichkommt,

---

[34]) Wesentlich anders Planck-Ritgen Erl. IV 1b a. E. z. § 2271. Daselbst wird für alle Fälle, in denen neben dem Dritten auch der überlebende Gatte durch korrespektive Verfügung bedacht ist (vgl. dazu vorige Anm.), gleichmäßig entschieden, daß die Verfügung des Vorverstorbenen zu Gunsten des Dritten schon sofort (also nicht erst mit dem Tode des Überlebenden) als unwirksam zu behandeln ist, wenn der Überlebende 1. die ihm gemachte Zuwendung ausgeschlagen und wenn er 2. seine korrespektive Verfügung aufgehoben hat. Hiergegen spricht jedoch, daß die vom Überlebenden ausgesprochene Aufhebungsverfügung für diesen zunächst ein internum bildet und deshalb nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit der Zuwendung des verstorbenen Gatten an den Dritten zur Folge haben kann. Man denke z. B. nur daran, daß der überlebende Gatte das eigenhändige Testament, laut dessen er seine korrespektive Verfügung aufgehoben hatte, zu dessen Vorlegung er nicht verpflichtet ist und über dessen Inhalt er niemandem Auskunft zu erteilen braucht, einige Tage darauf in Aufhebungsabsicht zerreißt. Juristisch möglich wäre es freilich, die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung des vorverstorbenen Gatten zu Gunsten des Dritten schon daran zu knüpfen, daß der Überlebende das ihm Hinterlassene ausschlägt und die Abgabe einer Erklärung verweigert, durch die er sich an seine korrespektive Verfügung bindet. Allein hierzu hätte es einer besonderen gesetzlichen Vorschrift bedurft.

[35]) Anders, wenn im Testament Ausschließung von der eventuellen gesetzlichen Erbfolge ausgesprochen ist oder wenn ein Verzicht (vgl. §§ 2346 ff.) auf das gesetzliche Erbrecht vorliegt.

Digitized by Google

wozu dieser durch die korrespektive Verfügung als Erbe berufen war, dagegen zu verneinen, wenn die korrespektive Anordnung gerade darauf abzielt, daß dem Überlebenden durch die Erbeinsetzung sehr viel mehr zugewendet wird, als dieser als gesetzlicher Erbe erhalten würde.[36])

Zu β) In diesem Falle (vgl. oben S. 337) durfte der vorverstorbene Gatte den Fortbestand der Verfügung des Überlebenden zu Gunsten des Dritten loyalerweise nicht erwarten. Der Überlebende kann daher die Zuwendung an den Dritten nach Maßgabe der §§ 2294 u. 2336 aufheben (§ 2271 Abs. 2 Satz 2). Die Aufhebung erfolgt durch letztwillige Verfügung unter Angabe des rechtfertigenden Grundes.[37]) Durch die vom Überlebenden nach Maßgabe des § 2271 Abs. 2 Satz 2 getroffene Aufhebungsverfügung wird nur dessen Anordnung aufgehoben, nicht auch die Verfügung des vorverstorbenen Gatten. Diese bleibt wirksam, mag sie auch eine dem Überlebenden gemachte und von ihm angenommene Zuwendung zum Inhalt haben. Selbst eine vom Vorverstorbenen zu Gunsten des Dritten, dem der Überlebende seine Zuwendung entzog, gemachte Zuwendung bleibt durch die Aufhebungsverfügung des Überlebenden unberührt, wenn und soweit hinsichtlich ihrer der Vorverstorbene als Verfügender rechtlich in Betracht kommt.[38])

---

[36]) Mit der Ausführung des Textes hängt noch ein anderer Punkt zusammen. Die Eheleute können bei ihren die Erbfolge nach dem Tode des Überlebenden betreffenden korrespektiven Verfügungen von der Annahme ausgegangen sein, daß der Überlebende schon kraft Gesetzes zur Erbfolge nach dem Vorverstorbenen berufen sein werde. In Fällen solcher Art wird die wechselseitige Belassung des vollen gesetzlichen Erbrechts nicht selten so zu beurteilen sein, wie wenn sich die Gatten durch korrespektive Verfügungen als Erben wechselseitig eingesetzt hätten.

[37]) Genaueres hierüber unten bei Besprechung der §§ 2294, 2297 in § 46 d. D.

[38]) Vgl. hierzu § 2269. Soweit hiernach lediglich der Überlebende als Zuwendender anzusehen ist, vermag er also die in Frage stehende Zuwendung nach § 2271 Abs. 2 Satz 2 aufzuheben. Insoweit jedoch die konkrete Sachlage zur Annahme führt, daß dem Dritten gegenüber nicht nur der Überlebende, sondern auch der Vorverstorbene als Zuwendender gelten soll, kann der Überlebende lediglich seine Zuwendung, nicht auch die des Vorverstorbenen nach § 2271 Abs. 2 Satz 2 aufheben. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. IV 2 zu § 2271.

Digitized by Google

Zu γ) Die unter α und β besprochenen Gestaltungen sind im Gesetz selbst vorgesehen. Es gibt aber sicherlich auch noch andere Umstände, vermöge welcher die Gebundenheit des Überlebenden entfällt.

a a) Im gemeinschaftlichen Testament kann ausgesprochen sein, daß dem Überlebenden, unbeschadet der fortdauernden Wirksamkeit der Verfügungen des Vorverstorbenen, die Aufhebung der von ihm getroffenen korrespektiven Verfügung unter gewissen Voraussetzungen gestattet sein soll.[39])

b b) Hinterläßt der vorverstorbene Gatte ein Testament, laut dessen er die von ihm im gemeinschaftlichen Testament getroffenen korrespektiven Verfügungen als solche erklärt, die schlechthin gelten sollen, so ist hierdurch dem Überlebenden die Möglichkeit eröffnet, die von ihm im gemeinschaftlichen Testament getroffenen korrespektiven Verfügungen nach Belieben durch Testament zu widerrufen.[40])

c c) Wird eine im gemeinschaftlichen Testament getroffene korrespektive Verfügung des Überlebenden etwa dadurch unwirksam, daß der durch diese Verfügung Bedachte vor dem Erbfall stirbt oder nach dem Erbfall für erbunwürdig erklärt wird oder ausschlägt, so steht sie der Wirksamkeit einer vom Überlebenden hinsichtlich desselben Gegenstandes getroffenen anderweiten Verfügung von Todeswegen nicht im Wege.

c) Ist der durch eine korrespektive Verfügung Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling wenigstens eines der Ehegatten und hat sich derselbe in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet ist, so kann der Erblasser sowohl bei Lebzeiten wie nach dem Tode des anderen Ehegatten durch letztwillige Verfügung diejenigen Anordnungen treffen, welche nach § 2338 zum Zwecke der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht[41]) zulässig sind (§ 2271 Abs. 3). Die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten wird durch die vom Überlebenden nach § 2271 Abs. 3 getroffene Anordnung in ihrer Wirksamkeit nicht berührt.

---

[39]) Vgl. Planck-Ritgen Erl. III a und b z. § 2271.

[40]) Denn welcher Grund wäre dafür erfindlich, daß der überlebende Gatte an seine Verfügung gebunden sein soll, obschon diese Gebundenheit dem formgerecht ausgesprochenen letzten Willen des vorverstorbenen Gatten nicht entspricht?

[41]) Vgl. dazu § 57 d. D.

Digitized by Google

C. Besondere Fragen.

§ 43b.

I. Wie beschaffen der Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments auch sein mag, so wird doch durch dessen Vorhandensein die rechtliche Macht jedes Gatten zur Vornahme von vermögensrechtlichen Verfügungen unter Lebenden nicht berührt. Widersprechen solche Verfügungen des einen Gatten den Absichten und Erwartungen, von welchen der andere Gatte bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments ausgegangen war, so vermag dieser seine Verfügung zu widerrufen. Ist er hierzu (z. B. wegen nach der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments eingetretener Geisteskrankheit) nicht im stande oder waren ihm die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte unter Lebenden unbekannt geblieben, so kann die von ihm im gemeinschaftlichen Testament getroffene korrespektive Verfügung möglicherweise nach § 2078 Abs. 2[1]) anfechtbar sein.[2])

Ist nach dem Tode des einen Gatten der andere nach § 2271 Abs. 2 an die von ihm zu Gunsten eines Dritten getroffene korrespektive Verfügung gebunden, so steht dieser Ehegatte dem Dritten so gegenüber, wie ein durch Erbvertrag gebundener Erblasser dem eventuellen Vertragserben bzw. Vertragsvermächtnisnehmer. Die auf die von einem solchen Erblasser vorgenommenen Rechtsgeschäfte unter Lebenden und Beeinträchtigungshandlungen sich beziehenden Vorschriften der §§ 2286 bis 2288 müssen daher zur entsprechenden Anwendung gebracht werden.[3]) Das Recht des überlebenden Ehegatten, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verfügen, wird also auch in diesem Falle grundsätzlich nicht beschränkt und erfährt nur die in den §§ 2287, 2288 bestimmte Abschwächung. Dabei macht es im allgemeinen keinen Unterschied, ob sich die Verfügung unter Lebenden auf einen Vermögensgegenstand bezieht, der aus dem Vermögen des vorverstorbenen Gatten in das Vermögen des Überlebenden übergegangen ist, oder auf einen Gegenstand, für den dies nicht zutrifft. Wesentlich anders verhält es sich jedoch, wenn und soweit der Dritte im konkreten Falle, den Auslegungsregeln des

---

[1]) Vgl. Planck-Ritgen Erl. VII a. E. z. § 2271.

[2]) Hierbei ist selbstverständlich nicht an eine Anfechtung durch den Erblasser, sondern nur an eine solche durch einen Nachlaßbeteiligten zu denken.

[3]) So auch Planck-Ritgen Erl. VII zu § 2271.

Digitized by Google

§ 2269 entgegen, zufolge der Anordnung des vorverstorbenen Gatten in Ansehung des auf den überlebenden Gatten als Vorerben übergegangenen Vermögens Nacherbe werden oder in Ansehung eines ihm beim Tode des Überlebenden zu entrichtenden Vermächtnisses als von dem vorverstorbenen Gatten bedacht gelten soll. In dem ersten dieser Fälle ergeben sich für den überlebenden Gatten die mit der Stellung eines Vorerben verbundenen Beschränkungen und Verpflichtungen, und im zweiten Falle hat der Bedachte, soweit er sein Recht auf die Verfügung des vorverstorbenen Gatten stützt, schon bei Lebzeiten des überlebenden und ihm als Beschwerter gegenüberstehenden Gatten die aus einem aufschiebend befristeten oder bedingten Forderungsrecht sich ergebende Gläubigerstellung.

II. Pflichtteilsrechte dritter Personen können durch das gemeinschaftliche Testament überhaupt und durch die darin enthaltenen korrespektiven Verfügungen insbesondere nicht beeinträchtigt werden. Zwei darin übereinstimmende Gestaltungen, daß korrespektive Verfügungen vorliegen, bedürfen der Hervorhebung.

1. Der vorverstorbene Gatte hinterläßt einen Pflichtteilsberechtigten. Sind die Voraussetzungen des § 2079 gegeben, so kann der Pflichtteilsberechtigte die Verfügung des vorverstorbenen Gatten mit dem Erfolge anfechten, daß hierdurch auch die korrespektive Verfügung des überlebenden Gatten unwirksam wird. Macht der Pflichtteilsberechtigte lediglich seinen Pflichtteilsanspruch geltend, so kann sich hieraus für den nach § 2271 Abs. 2 an seine korrespektive Verfügung bereits gebundenen überlebenden Gatten unter Umständen ein Grund zur Anfechtung seiner Verfügung nach Maßgabe der §§ 2281, 2078 Abs. 2 ergeben.

2. Es handelt sich um eine Person, die im Verhältnis zum überlebenden und nach § 2271 Abs. 2 an seine korrespektive Verfügung gebundenen Gatten pflichtteilsberechtigt ist. Liegen die Voraussetzungen der §§ 2281 und 2079 vor,[4]) so kann der überlebende Gatte seine korrespektive Verfügung mit der im § 2270 bestimmten Wirkung selbst anfechten. Ist das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls noch nicht erloschen, so steht es nach § 2285 dem

[4]) Man denke insbesondere an den Fall, daß dem überlebenden Gatten nach dem Tode des anderen Gatten Pflichtteilsberechtigte (z. B. infolge nachträglicher Verheiratung) neu erwachsen sind.

Digitized by Google

Pflichtteilsberechtigten zu.[5]) In dem Falle, daß der Pflichtteilsberechtigte lediglich seinen Pflichtteilsanspruch geltend macht, kommt es darauf an, ob im Sinne der Erblasser eine hierdurch herbeigeführte Beeinträchtigung der Rechte des durch die Verfügung des überlebenden Gatten bedachten Dritten dem Widerruf dieser Verfügung praktisch gleichsteht oder nicht.

3. Kapitel.

Der Erbvertrag.*)

I. Begriff und Abschluß.

§ 44.

I. Gewisse Verfügungen von Todeswegen, nämlich Erbeinsetzungen mit Einschluß der Ernennung von Nacherben, Vermächtnisse und Auflagen[1]) können auch vertragsmäßig getroffen werden (§§ 1941,

---

[5]) Die in § 2270 Abs. 1 bezeichnete Wirkung tritt auch in diesem Falle ein.

*) Hasse im Rheinischen Museum Bd. 2 (1828) S. 149 ff., 300 ff. Bd. 3 (1829) 1 ff. Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen, 3 Teile (1835 bis 1840). G. Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftl. Testamenten (1860). F. Hofmann, Wesen und Wirkung des Erbverzichtes und des Erbvertrages in Grünhuts Zeitschrift III S. 649 ff. Hellwig, Verträge S. 591 ff. Schiffner: Der Erbvertrag nach dem BGB. (1899). Kipp bei W. III, S. 316 ff.

[1]) Hinsichtlich aller anderen Verfügungen von Todeswegen, also z. B in betreff einer Entziehung des Pflichtteils, in betreff familienrechtlicher Anordnungen, der Ernennung eines Testamentsvollstreckers u. dgl. ist vertragsmäßige Bindung des Erblassers ausgeschlossen (§ 2278 Abs. 2); dies gilt auch von einer auf die Auseinandersetzung unter Miterben (§ 2048) sich beziehenden Anordnung, soweit sie sich nicht unter den Gesichtspunkt indirekter Bestimmung der den Miterben gebührenden Anteile oder unter den der Anordnung von Vermächtnissen oder Auflagen bringen läßt. Schließt z. B. der Erblasser mit seinen Söhnen A und B einen Erbvertrag, laut dessen diese zwar zu gleichen Teilen Vertragserben werden sollen, jedoch in der Art, daß der Sohn A bei der Auseinandersetzung eine vom Erblasser erhaltene schenkweise Zuwendung von 10,000 zur Ausgleichung zu bringen hat, so wird auch rücksichtlich der letzteren Bestimmung Gebundenheit des Erblassers anzunehmen sein, denn sonst würde der Erblasser in der Lage sein, das erbvertragsmäßig festgelegte Verhältnis, nach welchem der Nachlaß seinen Söhnen zukommen soll, durch letztwillige Ausschließung der im Erbvertrag angeordneten Ausgleichung zum Nachteil des Sohnes B zu

Digitized by Google

2278). Ein Vertrag solchen Inhalts heißt Erbvertrag.[2]) Er war dem römischen Rechte fremd und ist in Deutschland erst nach der Rezeption des römischen Rechtes unter dem Einfluß deutschrechtlicher Gedanken durch Praxis und Gewohnheitsrecht zur Entwickelung gelangt. Die modernen Kodifikationen haben das Institut übernommen und weiter ausgebildet; einzelne von ihnen lassen jedoch den Erbvertrag nur unter Ehegatten[3]) zu. Das Deutsche BGB. enthält eine solche Beschränkung nicht.[4])

---

verschieden. Vgl. aber auch einerseits Planck-Ritgen Erl. 2c zu § 2278, wo die Frage der Zulässigkeit von erbvertragsmäßigen Anordnungen hinsichtlich der Auseinandersetzung schlechthin verneint, und andererseits Wilke S. 252 (Erl. 2 zu § 2279), wo sie ohne jede Beschränkung bejaht wird.

[2]) Kein Erbvertrag im Sinne des BGB. ist der von der älteren Theorie im Gegensatz zum sog. „adquisitiven" Erbvertrag vielfach als „negativer" oder „renunziativer" Erbvertrag bezeichnete Erbverzicht (vgl. §§ 2346 ff. und dazu unten § 59 d. D.). Wesentlich verschieden vom Erbvertrag sind ferner: 1. Die im § 312 erwähnten, regelmäßig nichtigen und nur ausnahmsweise zugelassenen Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Beim Erbvertrag ist der Erblasser Vertragspartei, bei den Verträgen des § 312 ist er es nicht. Der Erbvertrag ist ein Rechtsgeschäft, mittels dessen Verfügungen von Todeswegen getroffen werden, obligatorische Verpflichtungen vermag er nicht zu erzeugen; die Verträge des § 312 sind dagegen negotia inter vivos, und gerichtet entweder auf Erzeugung obligatorischer Verpflichtungen oder auf die Übertragung von eventuellen Erbschaftsanteilen (nach § 2033; vgl. dazu unten § 64 d. D.) oder von eventuellen Pflichtteilsansprüchen (nach dem Rechte der Übertragung von Forderungen). 2. Die im § 2302 bezeichneten Verträge. Sie sind als obligatorische Verträge immer nichtig, können jedoch unter Umständen als Erbverträge aufrecht erhalten werden (vgl. auch § 2301). 3. Die nach § 331 zu beurteilenden Verträge.

[3]) So z. B. § 1249 des österr. BGB.

[4]) Im Stadium der Beratung des BGB. hat es an Stimmen nicht gefehlt, die sich prinzipiell gegen die Zulassung von Erbverträgen aussprachen (vgl. insbesondere Ubbelohde im Archiv f. civil. Praxis Bd. 75 S. 54 ff.). Das stärkste Argument der grundsätzlichen Gegner des Erbvertrags liegt darin, daß der Erblasser zur Zeit der Abschließung desselben die Gestaltung der Verhältnisse zur Zeit des Erbfalls in aller Regel nicht zu übersehen vermag und trotzdem an die von ihm getroffene, vielleicht ganz unzweckmäßige Verfügung unwiderruflich gebunden sein soll. Obschon diesem Bedenken ein gewisses Maß von Berechtigung nicht abgesprochen werden kann, so hat sich doch der Erbvertrag in Deutschland schon zu sehr eingelebt, als daß an seine Abschaffung ernsthaft auch nur hätte gedacht werden können. Auch ist wohl zu berücksichtigen, daß eine den Erbvertrag beseitigende Vorschrift überaus

Digitized by Google

Geschlossen wird der Erbvertrag zwischen dem Erblasser und einer demselben gegenüber stehenden Partei, welche jenen an seine Erklärung durch ihre Zustimmung bindet.[5]) Der Erbvertrag kann übrigens auch ein zweiseitiger, d. h. ein so beschaffener sein, daß jede der beiden Parteien hinsichtlich ihres Nachlasses vertragsmäßige Verfügungen trifft.[6]) Für den Begriff des Erbvertrags ist dies jedoch ebensowenig wesentlich, als daß die im Erbvertrag enthaltenen Zuwendungen zu Gunsten des anderen Teiles gemacht sind; der Erbvertrag ist auch als Vertrag zu Gunsten Dritter[7]) möglich[7a]) (§ 1941 Abs. 2).

---

leicht durch den Abschluß von Schenkungsverträgen umgangen werden könnte, die für den Erblasser noch drückender wären, als der ihm wenigstens die freie Verfügung, unter Lebenden belassende Erbvertrag. Selbst der naheliegende Gedanke, Erbverträge nur unter Ehegatten zuzulassen, war deshalb in wirklich befriedigender Weise nicht durchführbar, und der grundsätzliche Standpunkt des BGB. erscheint somit als gerechtfertigt.

[5]) Dem Erblasser können sicherlich auch mehrere Personen als annehmend gegenüberstehen, der annehmende Teil kann ferner auch eine juristische Person sein.

[6]) Der im Texte durch die Bezeichnung „zweiseitig" charakterisierte Erbvertrag wird nicht selten auch als gegenseitiger Erbvertrag bezeichnet, so z. B. in den Motiven V S. 344, 348 und in d. 2. Aufl. d. B. S. 189, 211. Andere Schriftsteller wollen dagegen wieder von Gegenseitigkeit des Erbvertrags nur dann reden, wenn die beiden Vertragschließenden sich wechselseitig durch vertragsmäßige Zuwendungen bedenken, so z. B. Schiffner S. 34. Die im Texte gewählte neutrale Bezeichnung verdient deshalb den Vorzug. Dazu kommt noch, daß die Bezeichnung „gegenseitiger" Vertrag im Recht der Schuldverhältnisse (vgl. §§ 320 ff.) technische Bedeutung hat. Ein „gegenseitiger" Vertrag in diesem technischen Sinn kann aber der Erbvertrag, mag er nun als ein- oder als zweiseitiger abgeschlossen werden, niemals sein. Auch aus diesem Grunde wird die Bezeichnung gegenseitiger Erbvertrag besser vermieden. Vgl. auch § 47 Anm. 1.

[7]) Vgl. hierüber die Abhandlung von Schiffner in Jherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 88 ff. (übereinstimmend desselben Verfassers früher genannte Schrift über den Erbvertrag S. 68 ff.) und die eingehenden Ausführungen von Hellwig a. a. O. Beide Schriftsteller heben mit Recht die wesentliche Verschiedenheit des Erbvertrags zu Gunsten Dritter gegenüber den obligatorischen Verträgen z. G. D. hervor. Bemerkenswert ist folgendes: Beim obligatorischen Vertrag z. G. D. verpflichtet sich der Versprechende zur Bewirkung einer Leistung an den Dritten und erlangt der Dritte ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden. Beim Erbvertrag z. G. D. kann weder von dem einen noch von dem anderen die Rede sein, und auf ihn finden daher auch die Vor-

Digitized by Google

So wenig es nach dem BGB. zum Wesen des Testaments gehört, daß es eine Erbeinsetzung enthalte, so wenig gehört es zum Wesen des Erbvertrags, daß er auf die Bestellung eines Vertragserben gerichtet, daß er also Erbeinsetzungsvertrag sei. In einem Erbvertrag im Sinne des BGB. können auch lediglich Vertragsvermächtnisse oder vertragsmäßige Auflagen ausgesetzt sein. Den auf Gewährung eines Vertragsvermächtnisses oder auf Anordnung einer Auflage gerichteten erbrechtlichen Vertrag pflegt man als Vermächtnisvertrag,[8]) bzw. Auflagevertrag zu bezeichnen; das Gesetz hat jedoch diese Bezeichnungen nicht angenommen.

---

schriften der §§ 328 bis 335 keine Anwendung. Durch den Erbvertrag z. G. D. wird vielmehr für den Dritten lediglich eine Aussicht begründet, nach dem Tode des dem anderen Teile vertragsmäßig gebundenen Erblassers Erbe bzw. Vermächtnisnehmer zu werden. Diese Aussicht fällt aber in sich zusammen, wenn der Erbvertrag durch neuen nach Maßgabe des § 2290 zwischen dem Erblasser und dem anderen Teile, wenn auch ohne Zustimmung des Dritten, geschlossenen Vertrag wieder aufgehoben wird. Nicht minder beachtlich ist ein weiterer Unterschied. Indem der Versprechensempfänger sich im Falle eines obligatorischen Vertrags z. G. D. ausbedingt, daß für den Dritten eine Forderung gegen den Versprechenden entstehen soll, macht normalerweise er dem Dritten eine Zuwendung unter Lebenden. Wo dies zutrifft, ist zur Wirksamkeit des obligatorischen Vertrags z. G. des Dritten daher auch erforderlich, daß der Versprechensempfänger veräußerungsfähig ist (§ 107). Im Falle eines Erbvertrags z. G. D. macht dagegen die dem Erblasser gegenüberstehende Partei dadurch, daß sie jenen an seine Erklärung bindet, dem Dritten keinesfalls eine Zuwendung und braucht sie daher auch, um den Erblasser binden zu können, nicht veräußerungsfähig zu sein. Vgl. Hellwig S. 621 Anm. 282. Es gibt aber immerhin auch Fälle von obligatorischen Verträgen z. G. D., bei denen der Versprechensempfänger nicht veräußerungsfähig zu sein braucht. Beispiel: Eine Aktiengesellschaft erklärt ihren Beamten aus Anlaß eines Regierungsjubiläums aus freien Stücken, daß deren Hinterbliebene von nun an bestimmte Pensions- bzw. Unterstützungsansprüche haben sollen. Die Beamten nehmen mit Dank an. Obschon zweifellos ein Vertrag z. G. D. vorliegt, so kann man hier doch von Zuwendungen der Versprechensempfänger an ihre Angehörigen nicht reden. Die Annahme der Zusage der Aktiengesellschaft wird deshalb auch durch einen Beamten wirksam erfolgen können, der in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

[7a]) Ein besonderer Fall dieser Art liegt vor, wenn der Erblasser eine von ihm im Erbvertrag errichtete Stiftung zum Vertragserben bestellt oder mit einem Vertragsvermächtnis bedenkt. Vgl. dazu Planck I Erl. 1 zu § 83.

[8]) Vgl. Kugelmann: Gemeinrechtliche Begründung des partikulären Erbvertrags (1877). Schiffner: Der Vermächtnisvertrag (1891).

Digitized by Google

II. Der als Erblasser Auftretende kann den Erbvertrag immer nur persönlich, nicht durch einen Vertreter schließen (§ 2274) und bedarf hierzu regelmäßig auch der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, so zwar daß bei dem Mangel derselben ein wirksamer Erbvertrag selbst dann nicht zu stande kommt, wenn der gesetzliche Vertreter, bzw. das Vormundschaftsgericht zustimmt (§ 2275 Abs. 1).

Eine Ausnahme von dieser Regel[9]) tritt ein, wenn der Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird. Der Erblasser kann hier in der Geschäftsfähigkeit auch beschränkt sein,[10]) nur bedarf es dann zur Wirksamkeit des auch in diesem Falle vom Erblasser persönlich zu schließenden Erbvertrags der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und, wenn dieser ein Vormund ist, auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 2274, 2275). Bezüglich der Frage, wie die Zustimmung, Genehmigung zu erteilen ist, sind offenbar die im allgemeinen Teile und im Familienrechte enthaltenen Bestimmungen der §§ 108, 182, 1828 maßgebend. Von den Ergebnissen, zu denen man hierbei gelangt, verdient eines besonders herausgehoben zu werden: Eine etwa zwanzigjährige Ehefrau als Erblasserin schließt mit ihrem Gatten in der vorgeschriebenen Form, aber ohne Zuziehung ihres gesetzlichen Vertreters und ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen Erbvertrag ab. Derselbe entbehrt vorläufig der rechtlichen Wirksamkeit; versteht es der Mann jedoch, seine Frau, nachdem sie volljährig geworden ist, zu einer,

---

[9]) Soweit die Regel durchgreift, wird der von einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser geschlossene Erbvertrag allerdings als nichtig zu behandeln sein. Vgl. Hellwig S. 601 Anm. 232.

[10]) Obschon § 2275 dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten oder Verlobten unter den im Texte angegebenen Voraussetzungen ganz allgemein die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Verfügung von Todeswegen eröffnet, so neigt Hellwig S. 642 Anm. 327 a doch der Ansicht zu, daß die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten infolge ihrer durch § 2229 Abs. 3 ausgesprochenen Testierunfähigkeit auch schlechthin unfähig zu einer vertragsmäßigen Verfügung von Todeswegen sind. Allein dies ist nicht mehr Auslegung des Gesetzes, sondern eine in vorsichtiger Form zu konstruktivem Zwecke unternommene petitio principii. Es ist übrigens wohl zu beachten, daß der Erblasser in den Fällen des § 2275 Abs. 2, 3, vorausgesetzt nur, daß die Ehe, das Verlöbnis zu Recht besteht, nicht einmal das 16. Lebensjahr vollendet zu haben braucht (vgl. hierzu §§ 1303 Abs. 2, 1331, 1337). Bei Erbverträgen unter Verlobten kann dies immerhin praktisch werden. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 2a z. § 2275.

Digitized by Google

wenn auch nur mündlichen Genehmigung des Erbvertrags zu bewegen, so ist dieser nach § 108 Abs. 3 in Verbindung mit § 182 wirksam und dadurch zugleich für die Frau auf Lebenszeit zu einer vielleicht sehr drückenden Fessel geworden. Daß solche Behandlung gefährlich ist, wird nicht geleugnet werden können.[11])

Die dem vertragsmäßig sich bindenden Erblasser als lediglich annehmend gegenüberstehende Partei braucht den Vertrag nicht persönlich zu schließen und kann in ihrer Geschäftsfähigkeit auch beschränkt, ja sogar geschäftsunfähig sein. Im letzteren Falle muß für sie selbstverständlich ein Vertreter handeln; im ersteren kann sie auch persönlich mitwirken, ohne daß sie dabei zur Bindung des Erblassers[12]) der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter bedarf (§ 107).

III. Der Erbvertrag[13]) kann ausnahmslos nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile[14]) vor einem Richter oder einem Notar[15]) geschlossen werden. Hierbei finden regelmäßig auch noch die Vor-

---

[11]) Hellwig S. 600 Anm. 232 will das im Texte hervorgehobene Resultat dadurch vermeiden, daß er einen nach Maßgabe von § 2275 Abs. 2 errichteten Erbvertrag als schlechthin nichtig behandelt, wenn die Voraussetzungen zur Wirksamkeit desselben nicht schon zur Zeit des Abschlusses vorliegen. Diese Auffassung wird jedoch dem Standpunkte des Gesetzes nicht gerecht. Die sachgemäße Behandlung von Fällen der im Texte erwähnten Art würde wohl am besten durch die Erlassung einer Vorschrift herbeigeführt werden, zufolge welcher die Zustimmung, Genehmigung nur in bestimmter Form erklärt werden kann. Vgl. gegen Hellwig auch Endemann III S. 253, der aber seinerseits wieder mit der Begründung, daß der Erbvertrag „trotz der Vertragsform" hier „unter den Regeln einer einseitigen Verfügung steht", durch Heranziehung der für einseitige Rechtsgeschäfte maßgebenden Vorschrift des § 111 Satz 1 Abhilfe schaffen will. Dem gegenüber wird am besten auf § 2284 verwiesen; denn seine Bestimmung beruht offenbar nur darauf, daß es sich bei einer erbvertragsmäßigen Verfügung um eine bloß einseitige Verfügung von Todeswegen nicht handelt. Wie hier Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2275.

[12]) Denn einen Nachteil kann sie dadurch allein, daß der Erblasser gebunden wird, nicht erleiden.

[13]) Im gem. R. fehlte es für den Erbvertrag an jeder Formvorschrift.

[14]) Dies steht mit dem im Texte a. E. von II Gesagten nicht in Widerspruch; in betreff der lediglich annehmenden Partei genügt eben auch die Anwesenheit eines Vertreters.

[15]) Die Vorschrift des Art. 141 EG. greift selbstverständlich auch hier ein. Vgl. im übrigen oben § 20 d. D. S. 90.

Digitized by Google

schriften der §§ 2233 bis 2245 über die Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments mit der Maßgabe Anwendung, daß, was nach diesen Vorschriften für den Erblasser bestimmt ist, für jeden[16]) der Vertragschließenden[17]) gilt (§ 2276 Abs. 1). Aus der

[16]) Was will damit gesagt sein? Dies kann nicht durch eine allgemeine Formel, sondern nur durch Heranziehung der einzelnen in Betracht kommenden Bestimmungen herausgestellt werden. 1. Zu § 2234: Als Aktsperson kann nicht mitwirken, wer auch nur mit der dem Erblasser als annehmend gegenüberstehenden Person in dem im § 2234 bezeichneten Verhältnis steht. 2. Zu § 2238 Abs. 2: Ist der annehmende Teil minderjährig oder außer stande, Geschriebenes zu lesen, so kann er *seine* Erklärung, durch die er den Erblasser an die von diesem getroffenen Verfügungen bindet, nur mündlich zu Protokoll geben. Dafür jedoch, daß in diesem Falle der als Erblasser Auftretende seine Verfügungen von Todeswegen nur durch mündliche Erklärung (und nicht auch durch Übergabe einer Schrift) soll treffen können, scheint es an einem durchschlagenden Grunde zu fehlen. Anders freilich *Planck-Ritgen* Erl. 2 (vor a) z. § 2276. 3. Zu § 2239: Bei der Errichtung eines Erbvertrags muß auch der dem Erblasser gegenüberstehende Teil bei der ganzen Verhandlung zugegen sein. 4. Zu § 2241: Das Protokoll muß auch die Bezeichnung der dem Erblasser gegenüberstehenden Person und die von ihr abgegebene Erklärung enthalten. 5. Zu § 2242: Das Protokoll muß auch von der annehmenden Partei genehmigt und regelmäßig eigenhändig unterschrieben werden. Die Feststellung im Protokoll hat sich auch hierauf zu erstrecken. Was Abs. 2 des § 2242 hinsichtlich des Erblassers bestimmt, gilt auch für die annehmende Partei. 6. Zu § 2243: Ist die dem Erblasser gegenüberstehende Person nach der Überzeugung des Richters stumm oder sonst am Sprechen verhindert, so kann sie ihren Willen nach Maßgabe des § 2243 erklären. Der Erblasser aber ist hierdurch nicht behindert, seine Erklärung mündlich zu Protokoll zu geben. Trifft umgekehrt die Voraussetzung des § 2243 für den Erblasser zu, so kann der andere Teil seine Erklärung trotzdem auch mündlich zu Protokoll geben. So hier auch *Planck-Ritgen* Erl. 2 z. § 2276. 7. Zu § 2244: Erklärt der annehmende Teil, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, und liegen nicht die Voraussetzungen des § 2245 vor, so muß ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden. Selbstverständlich wird in diesem Falle nur mit dem anderen Teile durch den Dolmetscher verhandelt. 8. Zu § 2245: Seine Anwendung setzt voraus, daß beide Teile erklären, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein. Liegt die betreffende Erklärung nur von seiten einer Partei vor, so ist nach § 2244 zu verfahren.

[17]) Wirkt beim Abschluß des Erbvertrags statt des annehmenden Teiles ein Vertreter mit, so ergeben sich noch folgende Fragen: 1. Sind die Ausschlußgründe des § 2234 nach der Person des Vertretenen oder nach der des Vertreters zu bestimmen oder nach beiden Personen? Gewiß nach der Person des Vertretenen. Dies ergibt sich aus § 2276 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2234. Aber doch wohl auch nach der Person des Vertreters; vgl. hierzu

Digitized by Google

Berufung des § 2238 in § 2276 muß insbesondere geschlossen werden, daß der Erblasser eine von ihm zu treffende Verfügung auch in schriftlicher Abfassung, die von ihm weder eigenhändig geschrieben noch unterschrieben zu sein braucht, offen oder verschlossen mit der mündlichen Erklärung übergeben kann, daß sie den Gegenstand des Erbvertrags bilden soll.[18])

Für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden ist, genügt (§ 2276 Abs. 2) die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form. Die sich hieraus ergebende Formerleichterung[19]) besteht mit Rücksicht auf § 1434, der auch für Eheverträge die Form der gerichtlichen oder

---

§§ 168, 170 Nr. 4 FGbG. Im letzten Punkte zweifelnd Planck-Ritgen Erl. 2a z. § 2276. 2. Liegen auf seiten des mitwirkenden Vertreters des annehmenden Teiles die besonderen Umstände der §§ 2238 Abs. 2, 2243, 2244 vor, so muß dasselbe gelten, wie wenn diese Umstände auf seiten des annehmenden Teiles selbst vorlägen. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2b a. E. z. § 2276.

[18]) Werden von beiden Teilen vertragsmäßige (oder wohl auch letztwillige) Verfügungen getroffen, so muß es als zulässig erachtet werden, daß der eine Teil seine Verfügungen mündlich erklärt, der andere eine Schrift überreicht. So auch Schiffner S. 116, 117; dagegen freilich Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2276 und Andere, aber ohne zureichenden Grund. Die analoge Frage ist schon beim gemeinschaftlichen Testament kaum im Sinne von Planck-Ritgen zu entscheiden, liegt aber beim Erbvertrag überdies noch ganz anders als bei jenem. Das gemeinschaftliche Testament ist schon von vornherein darauf angelegt, daß zwei Personen gemeinschaftlich von Todeswegen verfügen. Zum Wesen des Erbvertrags gehört dies nicht. Es kann sehr wohl nur der eine Teil Erblasser sein, dem der andere Teil lediglich als annehmend gegenübersteht, und es ist auch sehr wohl möglich, daß in einem Falle, wo zunächst nur Verfügungen durch einen Teil beabsichtigt waren, nachdem diese Verfügungen getroffen worden sind, auch noch der andere Teil vor Schluß der Verhandlung sich zur Vornahme von Verfügungen von Todeswegen entschließt. Warum aber diese Verfügungen notwendig in gleicher Weise getroffen sein müssen wie die von dem sich zuerst erklärenden Teile getroffenen, ist nicht einzusehen. Von erheblichem Belange ist noch, daß der als Erblasser in Betracht Kommende sehr wohl auch in der Lage ist, einzelne seiner Verfügungen in der einen, andere in der anderen nach § 2238 zulässigen Form zu treffen.

[19]) An dem allgemein durchgreifenden Grundsatz des § 2274, daß der Erblasser den Erbvertrag nur persönlich schließen kann, wird, da es sich hierbei nicht um ein Formerfordernis handelt, durch die Vorschrift des § 2276 Abs. 2 nichts geändert.

Digitized by Google

notariellen Errichtung vorschreibt, darin, daß in dem bezeichneten Falle die Beobachtung der Vorschriften der §§ 2233 bis 2245 entfällt. Allein die Bedeutung dieser Erleichterung wird doch zugleich wieder sehr erheblich dadurch abgeschwächt, daß für Eheverträge die den Vorschriften der §§ 2233 bis 2245 BGB. nachgebildeten Bestimmungen der §§ 169 bis 182 des FGbG. maßgebend sind (vgl. § 168 des bezeichneten Ges.). Von Erheblichkeit sind jedoch drei Punkte: 1. Die im § 2233 vorgeschriebene Zuziehung eines Gerichtsschreibers oder von zwei Zeugen bei einem gerichtlichen Testament und eines zweiten Notars oder zweier Zeugen bei einem notariellen Testament ist, soweit nicht die Ausnahmevorschrift des § 169 FGbG. eingreift, bei dem mit dem Ehevertrag verbundenen Erbvertrag nicht erforderlich.[20]) 2. Ist ein Teil (vgl. hierzu § 168 FGbG.) nach der Überzeugung des Richters oder Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert, und eine schriftliche Verständigung mit ihm nicht möglich, so muß nach § 178 FGbG. ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden. Es ist also bei einem mit einem Ehevertrag vereinigten Erbvertrag möglich, daß der als Erblasser Auftretende seine Verfügung von Todeswegen in dem bezeichneten Falle durch einen Stummendolmetscher erklärt, während dies bei Anwendung des § 2243 schlechthin ausgeschlossen wäre. 3. Kann bei einem mit einem Ehevertrag verbundenen Erbvertrag der als Erblasser Auftretende seine Verfügung von Todeswegen auch in der Weise treffen, daß er eine offene oder verschlossene Schrift mit der Erklärung übergibt, daß darin seine vertragsmäßige Verfügung enthalten sei? Es wird zu unterscheiden sein:[21]) a) Ist bei der Errichtung des Ehevertrags die regelmäßige Form des Erbvertrags vollständig beobachtet, so findet § 2238 Anwendung (§ 2276) und ist die Frage daher durchaus zu bejahen. b) Bleibt dagegen die den Anforderungen des § 1434 genügende Form hinter der regelmäßigen Form des Erbvertrags zurück, so ist nach § 176 FGbG. zwar nicht die Übergabe einer verschlossenen, aber doch die einer offenen Urkunde in Verbindung mit der vorerwähnten Erklärung für zulässig zu erachten.[22])

---

[20]) Eine weitere Erleichterung ergibt sich aus § 174 FGbG. im Vergleich zu der strengeren Vorschrift des § 2239.

[21]) Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2276 will die Frage mit Unrecht schlechthin verneinen.

[22]) Aus § 176 FGbG. ergibt sich, daß in der Erklärung auf eine Schrift

Digitized by Google

Der Erbvertrag kann aber nicht nur mit einem Ehevertrag, sondern auch mit Verträgen anderer Art verbunden werden, so z. B. mit einem Annahmevertrag (§ 1750) oder mit einem Erbverzichtsvertrag (§ 2348). Zur Gültigkeit des Erbvertrags genügt jedoch in diesen Fällen nicht die Beobachtung der für den Annahmevertrag, Erbverzichtsvertrag geforderten Form, sondern es muß hier den Anforderungen des § 2276 voll entsprochen sein.[23]) Ist dies aber geschehen, so kann der als Erblasser Auftretende nach Maßgabe des § 2238 auch eine seine erbvertragsmäßigen Anordnungen enthaltende offene oder verschlossene Schrift übergeben.

IV. In dem, in der vorgeschriebenen Form, selbst wenn sie (im Falle des § 2276 Abs. 2) hinter der bei der Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments zu beobachtenden zurückbleibt, errichteten Erbvertrag[24]) kann jeder der Vertragschließenden (also nicht bloß der durch vertragsmäßige Verfügungen gebundene Vertragsteil) unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß er testierfähig ist[25]), auch einseitig[26]) jede Verfügung treffen, die durch Testament

---

Bezug genommen werden kann, die in solchem Falle eine Anlage des Protokolls bildet, und aus § 178, daß hinsichtlich der daselbst bezeichneten Personen schriftliche Verständigung, wenn überhaupt möglich, jedenfalls zulässig ist. Davon, daß die Schrift, deren Inhalt gelten soll, auch verschlossen übergeben werden könne, ist aber in den berufenen Paragraphen nichts gesagt. Es ist deshalb, da § 2238 nicht maßgebend ist, nur an eine offene Schrift zu denken.

[23]) Dies scheint bei Planck-Ritgen Erl. 2 a. E. z. § 2276 übersehen zu werden.

[24]) Soweit der Erblasser im Falle der Verbindung des Erbvertrags mit einem Ehevertrag seine vertragsmäßigen Verfügungen nach dem früher Gesagten nicht in einer verschlossenen Urkunde übergeben kann, muß dies auch hinsichtlich der letztwilligen Verfügungen gelten. Soweit ferner (vgl. oben S. 355) ein Erblasser im gleichen Falle seine vertragsmäßigen Verfügungen nach § 178 FGbG. durch Vermittelung eines sog. Stummendolmetschers zum Ausdruck bringen kann, ist dasselbe auch in Ansehung der letztwilligen Anordnungen für zulässig zu erachten.

[25]) Anders mit Unrecht Kipp bei W. III S. 327. Er will in den Fällen, in welchen ein Testierunfähiger mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bzw. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts sich als Erblasser durch Erbvertrag binden kann, den beschränkt Geschäftsfähigen ohne weiteres auch zur Vornahme testamentarischer Anordnungen zulassen. Diese sachlich unangemessene Entscheidung ist ohne jeden Anhalt im Gesetz.

[26]) Nicht unerhebliche Fragen ergeben sich in betreff der in einem Erbvertrag getroffenen einseitigen Verfügungen dann, wenn die vertragsmäßigen

Digitized by Google

getroffen werden kann (§ 2299 Abs. 1). Mit Rücksicht auf die zwischen ihnen getroffene vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen

---

Verfügungen nichtig sind oder hinterher unwirksam werden. 1. Als sicher darf angenommen werden, daß jene Verfügungen noch nicht dadurch allein in sich zusammenfallen, daß die vertragsmäßigen Verfügungen lediglich hinterher ihre Wirksamkeit etwa deswegen einbüßen, weil die vertragsmäßig Bedachten vor dem Erblasser sterben. Selbstverständlich kann aber die Auslegung im konkreten Falle doch zu einem anderen Ergebnis führen. 2. Enthält ein Erbvertrag nur Verfügungen des einen Teiles, so steht, dafern den an die Errichtung eines Testaments gestellten Anforderungen vollständig genügt ist, der Umstand allein, daß die angestrebten erbvertragsmäßigen Verfügungen nichtig sind, der Gültigkeit der testamentarischen Verfügungen und der Aufrechterhaltung der ersteren als testamentarischer noch nicht entgegen. 3. Wie verhält es sich mit den in einem Ehevertrag getroffenen letztwilligen Verfügungen der Ehegatten im Falle der Nichtigkeit aller in diesem Ehevertrag enthaltenen erbvertragsmäßigen Verfügungen? Kann hier, unter der Voraussetzung, daß dies im konkreten Falle mit dem Parteienwillen verträglich ist, von einer Aufrechterhaltung jener Verfügungen überhaupt noch die Rede sein, wenn hinsichtlich der Form nur den Anforderungen des § 1434 (in Verbindung mit den §§ 168 bis 182 FGbG.), nicht aber auch den zum Teil strengeren Anforderungen des § 2233 entsprochen ist? Freie Beurteilung führt zu bejahender Entscheidung. 4. Der Ehevertrag ist zwischen Verlobten geschlossen worden, die sich später auch geehelicht haben. Ist bei vorausgesetzter Nichtigkeit aller von den Parteien angestrebten erbvertragsmäßigen Verfügungen nach Maßgabe des konkreten Parteienwillens die Aufrechterhaltung der sowohl von dem einen als auch von dem anderen Teile getroffenen letztwilligen Verfügungen möglich? Der Bejahung scheint entgegenzustehen, daß dann ein gemeinschaftliches Testament vorliegt und daß ein solches nach § 2265 nur von Ehegatten, nicht auch von Verlobten gültig errichtet werden kann. Allein dies schlägt nicht durch. Ein gemeinschaftliches Testament im technischen Sinne würde hinsichtlich der von jedem Teile getroffenen letztwilligen Anordnungen selbst dann nicht vorliegen, wenn die von den Verlobten errichteten erbvertragsmäßigen Verfügungen gültig wären (vgl. Anm. 28), und durch die Nichtigkeit der letzteren wird an dem Charakter der ersteren nichts geändert. Die Vorschrift des § 2265 steht daher auch im vorausgesetzten Falle der Aufrechterhaltung der letztwilligen Anordnungen nicht entgegen. 5. Wie unter Z. 4 muß auch entschieden werden, wenn in einem zwischen Personen, die weder durch Ehe noch durch Verlöbnis verbunden sind, nach Maßgabe des § 2276 Abs. 1 geschlossenen Erbvertrag, der als solcher nichtig ist, von jedem Vertragschließenden letztwillige Verfügungen getroffen worden sind. Etwas zurückhaltender verhielt sich zu den hier behandelten Fragen noch die 2. Aufl. d. B. S. 193 Anm. 11, deren Ausführungen Kipp bei W. III S. 317 u. Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2299 zustimmen. Festzuhalten ist jedoch daran, daß die Form des Erbvertrags bzw. der Ehe-

Digitized by Google

können also die Vertragschließenden, auch wenn sie nicht Ehegatten[27]) sind, ihre letztwilligen Verfügungen in dem Sinne gemeinschaftlich treffen, daß diese von einem Rechtsakt umschlossen sind, an dessen Errichtung beide als Parteien teilgenommen haben.[28])

V. Dafern die Parteien nicht das Gegenteil verlangen, soll die über einen Erbvertrag aufgenommene Urkunde unter Anwendung der für gerichtliche oder notarielle Testamente maßgebenden Vorschrift des § 2246 verschlossen, mit einer Aufschrift versehen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden. Ein dieses Verfahren ausschließendes Verlangen der Parteien soll im Zweifel als vorhanden angenommen werden, wenn der Erbvertrag mit einem anderen Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird.[29]) Ist der Erbvertrag in besondere amtliche Verwahrung genommen worden, so soll jedem

---

vertrag den Parteien zur Errichtung letztwilliger Verfügungen nur für den Fall zur Verfügung gestellt ist, daß von ihnen die Errichtung wenigstens einer erbvertragsmäßigen Verfügung wirklich angestrebt wird. Anderenfalls würde der Richter, Notar seine Mitwirkung zur Errichtung eines Erbvertrags bzw. zur Aufnahme einer letztwilligen Verfügung in den Ehevertrag zu versagen haben.

[27]) Hierdurch wird übrigens die Frage nahegelegt, ob es nicht mit Rücksicht darauf, daß Erbverträge auch zwischen Personen geschlossen werden können, die nicht Ehegatten sind, konsequenter gewesen wäre, die in § 2265 bezüglich des gemeinschaftlichen Testaments ausgesprochene Beschränkung auf Ehegatten fallen zu lassen.

[28]) Eine andere Frage ist aber, ob, wenn in einem Erbvertrag oder in einem Ehevertrag von beiden Seiten letztwillige Anordnungen getroffen sind, auf die letzteren ohne weiteres die Vorschriften der §§ 2270, 2271 anzuwenden sind? Dies ist, wenn die Parteien nicht Ehegatten sind, zu verneinen. Es bewendet also in diesem Falle bei den allgemeinen Grundsätzen, so daß die im § 2270 bezeichnete Beziehung der Verfügungen zu einander bei Nichtehegatten im Falle der Nichtigkeit oder des Widerrufs der einen Verfügung hinsichtlich der anderen Verfügung nur Anfechtbarkeit nach § 2078 Abs. 2 begründet.

[29]) Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2277 nimmt an, daß § 2277 sich auf einen mit einem Ehevertrag verbundenen Erbvertrag überhaupt nur dann beziehe, wenn beim Abschluß des Vertrags die Form des § 2276 voll erfüllt ist; sei nur der Form des § 1434 genügt, so könne von einer Verschließung und besonderen Verwahrung niemals, also auch nicht, wenn die Parteien dies verlangen, die Rede sein. Allein der Wortlaut des § 2277 scheint diesen Schluß nicht zu rechtfertigen. Vgl. auch Herzfelder S. 544.

Digitized by Google

der Vertragschließenden ein Hinterlegungsschein erteilt werden.[30]) Vgl. § 2277.

II. Rechtliche Natur und Wirkungen.

§ 45.

I. Vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen unterstehen, abgesehen davon, daß sie dem freien Widerruf entzogen sind, und soweit das Gesetz nicht anderes bestimmt, den auf sie entsprechend[1]) anzuwendenden Vorschriften[2]) über letztwillige Zuwendungen und Auf-

---

[30]) Eine Rücknahme des Erbvertrags im Sinne des § 2256 findet nicht statt. Beantragen beide Ehegatten die Aufhebung der besonderen amtlichen Verwahrung, so ist zwar diese aufzuheben; das Protokoll nebst Anlagen gelangt aber nicht in die Hände der Parteien, sondern unterliegt nun derjenigen gewöhnlichen amtlichen Verwahrung, zu welcher es schon von vorherein gekommen sein würde, wenn es zur „besonderen" nicht gelangt wäre. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 5 zu § 2277.

[1]) Also nicht buchstäblich.

[2]) Teilweise anders ältere Gesetzgebungen und auch noch Entwurf I; vgl. hierzu Hellwig S. 651. Hervorzuheben sind folgende Punkte: 1. Die Bestimmungen der §§ 1923, 2160 gelten auch für erbvertragsmäßige Zuwendungen. 2. Hinsichtlich der Annahme und Ausschlagung einer auf Erbvertrag beruhenden Zuwendung gilt durchaus dasselbe wie bei einer letztwilligen Zuwendung. Selbst wenn der durch Erbvertrag Bedachte beim Abschluß des Erbvertrags als annehmender Teil mitgewirkt hat, so darf doch diese Mitwirkung, vermöge deren der Erblasser gebunden wird, durchaus nicht mit der erst mit dem Zeitpunkte des Erbfalls in Frage kommenden Annahme und Ausschlagung nach Maßgabe der §§ 1942 ff. und des § 2180 verwechselt werden. Ein im Erbvertrag etwa ausgesprochener Verzicht auf das Ausschlagungsrecht müßte als unwirksam behandelt werden. 3. Für die Auslegung des Erbvertrags kommt neben den Vorschriften über letztwillige Verfügungen auch § 157 in Betracht. In betreff der einer vertragsmäßigen Verfügung beigefügten Bedingung besteht eine grundsätzliche Abweichung gegenüber der Behandlung bei letztwilligen Verfügungen nicht (hinsichtlich des § 2077 vgl. die Ausführung des Textes). 4. Zu den auf vertragsmäßige Zuwendungen entsprechend anzuwendenden Vorschriften gehören insbesondere auch die der §§ 2089, 2090 (vgl. auch § 2157) über die verhältnismäßige Erhöhung bzw. Verminderung der irrtümlich zu niedrig bzw. zu hoch angesetzten Bruchteile. Es bedarf also im Falle der notwendig werdenden Verminderung der Bruchteile nicht etwa einer Anfechtung des Erbvertrags u. zw. regelmäßig selbst dann nicht, wenn von den Erben bzw. Vermächtnisnehmern, deren Anteile herabgesetzt werden sollen, laut desselben Erbvertrags einige vertragsmäßig, andere letztwillig bedacht sind. Anders würde bei der zuletzt erwähnten

Digitized by Google

lagen (§ 2279 Abs. 1). Zu diesen Vorschriften gehört insbesondere auch die des § 2077 betreffend die Wirksamkeit von Zuwendungen, die der Erblasser zu Gunsten seines Ehegatten, seines Verlobten gemacht hat;[3]) bei unter Ehegatten, Verlobten geschlossenen Erb-

Gestaltung jedoch dann vorzugehen sein, wenn, weil die im Erbvertrag getroffenen letztwilligen Verfügungen dem anderen Teile nicht offen gelegt wurden, dieser darauf rechnen konnte, daß die vertragsmäßige Zuwendung eine Minderung nicht erfahren werde. Soweit ferner § 2289 Abs. 1 eingreift, unterliegen die dem vertragsmäßig Bedachten zugewiesenen Bruchteile nicht einer Minderung zu Gunsten der in einer früheren letztwilligen Verfügung oder in einer späteren Verfügung von Todeswegen Bedachten. Nicht unerwähnt soll endlich bleiben, daß die Vorschriften über die Anwachsung unter Miterben und unter Mitvermächtnisnehmern bei vertragsmäßigen Zuwendungen grundsätzlich in gleicher Weise durchgreifen wie bei letztwilligen. Soweit jedoch die in Frage kommenden Erben oder Vermächtnisnehmer in verschiedenen Erbverträgen bedacht sind, wird sich zumeist ergeben, daß die Anwachsung der wahrscheinlichen Absicht des Erblassers nicht entspricht (vgl. auch oben § 26 Anm. 14). Ist im Erbvertrag ein Erbe vertragsmäßig, der andere letztwillig eingesetzt, so wird ein Anwachsungsrecht je nach Lage der Umstände bald anzunehmen, bald als ausgeschlossen zu betrachten sein. Die letztere Entscheidung wird z. B. Platz zu greifen haben, wenn der Erblasser den A in Ansehung der Hälfte der Erbschaft als Vertragserben eingesetzt, den B dagegen laut einer von ihm verschlossen abgegebenen Schrift in Ansehung der anderen Hälfte der Erbschaft letztwillig zur Erbfolge berufen hat. Für die Anwachsung wird man sich dagegen zu entscheiden haben, wenn der Erblasser in einem mit A und B geschlossenen Erbvertrag diese zu gleichen Teilen als Erben berufen hat, und wenn zugleich vorausgesetzt wird, daß die vom Erblasser gewollte vertragsmäßige Bindung nur hinsichtlich des A wirklich erfolgt ist, während die Einsetzung des B nur als letztwillige aufrecht erhalten werden kann. 5. Die Beurteilung von Willensmängeln gestaltet sich bei Erbverträgen zum Teile anders als bei letztwilligen Verfügungen. Während bei diesen die Vorschriften der §§ 116 Abs. 2, 117 keine Anwendung finden (vgl. oben § 41 S. 297), greifen sie bei Erbverträgen mit Rücksicht darauf, daß der Erblasser seine Erklärung hier einem anderen gegenüber abgibt, durch. In jedem Einzelfalle ist aber dann wieder zu prüfen, ob mit Rücksicht auf die erwähnten Vorschriften lediglich die vertragsmäßige Bindung oder die ganze Verfügung nichtig ist. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2b zu § 2279; anders Hellwig S. 653, der mit Unrecht immer nur Nichtigkeit der Bindung annehmen will. 6. Über die Anfechtung des Erbvertrags vgl. die weitere Ausführung des Textes.

[3]) Die im Texte bezeichneten Zuwendungen werden durch die Vorschrift des § 2077 sowohl dann betroffen, wenn der Erblasser den Erbvertrag mit seinem Ehegatten (Verlobten) als auch dann, wenn er ihn mit einem Dritten zu Gunsten seines Ehegatten (Verlobten) geschlossen hat.

Digitized by Google

verträgen sind jedoch vertragsmäßige Zuwendungen als im Sinne des § 2077[4]) durch die Gültigkeit und den Fortbestand der Ehe, des Verlöbnisses des Erblassers mit dem anderen Vertragsteile bedingt auch insoweit anzusehen, als ein Dritter bedacht ist (§ 2279 Abs. 2).

Besonderes gilt in Ansehung der Anfechtung des Erbvertrags.[5]) Während bei dem jederzeit frei widerruflichen Testamente von einem dem Erblasser zukommenden Anfechtungsrechte niemals die Rede sein kann, verhält es sich in dieser Beziehung bei dem den Erblasser bindenden Erbvertrag anders. Einen anfechtbaren Erbvertrag kann zunächst der Erblasser selbst[6]) anfechten, ein Nachlaßbeteiligter, dem der Erbvertrag im Wege steht, dagegen nur dann, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls noch nicht erloschen war (§ 2285).

1. Über die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser selbst ist folgendes zu sagen:

a) Die Anfechtungsgründe sind grundsätzlich dieselben,[7]) die wir als solche bei der Anfechtung letztwilliger Verfügungen bereits kennen

---

[4]) Vgl. hierzu oben § 43 Anm. 23. Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2279 will hier die Vorschrift des § 2077 in ähnlicher, aber doch etwas weniger ausgedehnter Weise erweitern, wie er dies bei § 2268 tut; vgl. aber dagegen das a. bez. O. Gesagte. Die Vorschrift des § 2268 ist für den Erbvertrag selbstverständlich nicht maßgebend. Ist im Falle eines zweiseitigen Erbvertrags eine Verfügung nach § 2279 Abs. 2 in Verbindung mit § 2077 unwirksam, so greift § 2298 Abs. 1 (er setzt nicht bloße Unwirksamkeit, sondern Nichtigkeit einer Verfügung voraus) nicht ohne weiteres ein. Die Auslegung kann aber im Einzelfalle doch zu einem der Vorschrift des § 2298 Abs. 1 entsprechenden Ergebnis führen.

[5]) Vgl. hierzu besonders Hellwig S. 650 ff.

[6]) Im Gesetz nicht berührt ist die Frage, ob ein Erbvertrag auch von dem dem Erblasser als lediglich annehmend gegenüberstehenden Teile angefochten werden kann. Die Frage ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bejahen. Anders Hellwig S. 638, 657, der dem anderen Vertragsteil als solchem ein Anfechtungsrecht durchaus abspricht. Allein es ist sehr wohl möglich, daß die eingetretene Bindung des Erblassers der wirklichen Absicht des anderen Teiles widerspricht. Warum soll hier nicht, und zwar sowohl bei Lebzeiten des Erblassers als auch bei dessen Tode, Anfechtung durch den anderen Teil nach § 119 zulässig sein? Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2281.

[7]) Betrug bildet beim Erbvertrag einen besonderen Anfechtungsgrund ebensowenig als bei der letztwilligen Verfügung (vgl. oben § 41 S. 299). Maßgebend bleibt auch beim Erbvertrag § 2078. Ist also der Erblasser durch betrügerisches Vorgehen des anderen Vertragsteils oder auch eines

Digitized by Google

gelernt haben (vgl. §§ 2078, 2079). Abweichendes gilt nur im Falle der Anfechtung wegen eines im Erbvertrag aus Irrtum übergangenen oder erst später zugewachsenen Pflichtteilsberechtigten.[8]) Hier kommt es im Gegensatz zur Vorschrift des § 2079 lediglich darauf an, daß der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der durch den Erblasser erfolgenden Anfechtung vorhanden ist (§ 2281 Abs. 1). Trifft diese Voraussetzung zu, so ist die Anfechtung wirksam, mag auch der Pflichtteilsberechtigte infolge seines Wegfalls vor dem Erbfall oder aus anderem Grunde von der Erbfolge ausgeschlossen sein.[9])

Dritten in einen für die getroffene Verfügung entscheidend gewesenen Irrtum im Beweggrund versetzt worden, so ist die vertragsmäßige Verfügung nach § 2078 Abs. 2 anfechtbar. § 123 (und dies gilt insbesondere auch für Abs. 2 Satz 2) ist somit für den Erbvertrag ohne Bedeutung.

[8]) Nicht unzweifelhaft ist der Fall, wo, nachdem der Erblasser seinem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil rechtmäßig entzogen und über dessen Erbteil vertragsmäßig verfügt hatte, der Entziehungsgrund durch Verzeihung oder Besserung (vgl. § 2336 Abs. 4, § 2337) nachträglich wegfällt. Nach den Protokollen V S. 412. 413 u. Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2281 soll der Erblasser in einem solchen Falle nicht anfechtungsberechtigt sein und dem Pflichtteilsberechtigten lediglich der Pflichtteilsanspruch zustehen. Allein hiergegen läßt sich wenigstens im Falle der Besserung des Pflichtteilsberechtigten sagen, daß sich der Erblasser bei der Errichtung des Erbvertrags möglicherweise von der Erwägung leiten ließ, die Besserung des Pflichtteilsberechtigten sei nicht mehr in Aussicht zu nehmen. Liegt diese Voraussetzung im konkreten Falle vor, so muß eine Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 doch als zulässig betrachtet werden.

[9]) Die Wirkung der Anfechtung reicht also hier weiter als die Beschaffenheit des Anfechtungsgrundes es verlangen würde. Man hätte sich sehr wohl auch damit begnügen können, der Anfechtung Wirksamkeit nur insoweit zuzuschreiben, als sie dem Pflichtteilsberechtigten auch wirklich zu statten kommt. Vgl. aber auch Küntzel S. 608, 609, Hellwig S. 656, Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2281, die den Standpunkt des Gesetzes für durchaus angemessen halten. Diese Schriftsteller scheinen aber nicht hinreichend zu berücksichtigen, daß der Erblasser in dem uns hier beschäftigenden Falle ein Recht zur Anfechtung des Erbvertrags doch gewiß nicht zu dem Ende erhält, damit er durch die Anfechtung in die Lage komme, nach freiem Belieben letztwillige Verfügungen treffen zu können, sondern nur dazu, damit er im stande sei, dem Pflichtteilsberechtigten zu hinterlassen, was dieser abgesehen vom Erbvertrag bei eintretender gesetzlicher Erbfolge erhalten würde. Eigentümlich Hellmann S. 225; er vertritt die Meinung, daß das Gesetz genau das bestimme, was im Eingang dieser Anmerkung als sachlich angemessen bezeichnet worden ist. Zur Rechtfertigung des vom Gesetz angenommenen Standpunkts scheint

Digitized by Google

b) Die Anfechtung kann regelmäßig nur durch den Erblasser persönlich erfolgen. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zur Anfechtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Für einen geschäftsunfähigen Erblasser kann jedoch mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der gesetzliche Vertreter anfechten (§ 2282).

c) Die Anfechtung kann bei Lebzeiten des anderen Vertragsteils nur durch eine diesem gegenüber[10]) abgegebene gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung[11]) erfolgen (§ 2282 Abs. 3). Nach dem Tode des anderen Vertragsteils kann überhaupt nur mehr die Anfechtung einer im Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten getroffenen Verfügung oder einer vertragsmäßigen Auflage[12]) in Frage kommen. Sie hat gegenüber dem Nachlaßgericht des verstorbenen Vertragsteils durch Abgabe einer gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung (§ 2282 Abs. 3) zu erfolgen. Das Nachlaßgericht soll die Erklärung dem Dritten mitteilen (§ 2281 Abs. 2).

Durch diese Bestimmungen,[13]) deren Beobachtung das Gesetz sogar einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser zumutet, ist die Anfechtung dem Anfechtungsberechtigten nicht gerade leicht gemacht. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn es zweifelhaft ist, ob der andere Vertragsteil noch lebt oder bereits gestorben ist. Der vorsichtige und zugleich hinreichend rechtskundige Erblasser wird

---

übrigens geltend gemacht werden zu können, daß der Erblasser, wenn er das Vorhandensein des Pflichtteilsberechtigten hätte in Betracht ziehen können, den Erbvertrag nicht geschlossen haben würde. Allein in Konsequenz dieses Standpunkts müßte der Erblasser zur Anfechtung auch dann berechtigt sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte, auf dessen Nichtvorhandensein der Erblasser zur Zeit der Schließung des Erbvertrags gerechnet hatte, zur Zeit der Anfechtung nicht mehr vorhanden ist.

[10]) Daß die Anfechtung in diesem Falle dem anderen Teile gegenüber erklärt werden müsse, ist im § 2282 nicht besonders ausgesprochen, ergibt sich aber aus der allgemeinen Vorschrift des § 143 Abs. 2. Maßgebend sind daher auch die §§ 130 bis 132. Bei der Anwendung von § 131 Abs. 2 ist zu beachten, daß man im Falle der Anfechtung eines Erbvertrags niemals sagen kann, daß die Anfechtung dem anderen Teile lediglich einen rechtlichen Vorteil bringe.

[11]) Vgl. hierzu oben § 43a Anm. 11 (S. 333).

[12]) Im Gesetz (§ 2281 Abs. 2) ist dieser Fall nicht besonders erwähnt.

[13]) Vgl. über sie Hellwig S. 658.

Digitized by Google

hier in doppelter Weise anfechten: einmal durch öffentliche Zustellung nach § 132 für den Fall des Lebens des anderen Teiles und dann durch Abgabe der Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht für den Fall, daß der andere Teil bereits gestorben ist, wobei sich aber freilich wieder Zweifel darüber ergeben können, welches Gericht als das für den anderen Teil zuständige Nachlaßgericht in Betracht kommen könnte.

d) Zur Anfechtung steht dem Erblasser eine Jahresfrist zu Gebote. Sie beginnt regelmäßig mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt, im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung aber mit dem Zeitpunkte, in welchem die Zwangslage aufgehört hat.[14]) Ist der Erblasser nach der Errichtung des Erbvertrags geschäftsunfähig geworden, so schadet die Versäumung der Anfechtungsfrist durch den nach § 2282 Abs. 2 zur Anfechtung berechtigt gewesenen gesetzlichen Vertreter doch nicht dem Erblasser selbst; nach Wegfall der Geschäftsunfähigkeit kann er den Erbvertrag in gleicher Weise anfechten, wie wenn er eines gesetzlichen Vertreters entbehrt hätte (§ 2283 Abs. 3).

e) Ein anfechtbarer Erbvertrag kann von dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser selbst mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts durch Bestätigung nicht unanfechtbar gemacht werden.[15]) Solche Bestätigung ist dagegen möglich, wenn der sie persönlich erklärende Erblasser unbeschränkt geschäftsfähig ist (§ 2284). Der Beobachtung einer Form bedarf es hierzu nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. (§ 144) nicht[16]), so daß also z. B. eine erzwungene oder auf maß-

[14]) „Auf den Lauf der Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung" (§ 2283 Abs. 2 a. E.). Hierbei ist aber wohl zu beachten, daß in unserem Falle die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Erblassers wegen § 2282 auf den Lauf der Frist ohne allen Einfluß bleibt. Solange die Jahresfrist noch nicht verstrichen ist, kann der Erblasser anfechten, selbst wenn seit der Errichtung des Erbvertrags 30 Jahre vergangen sind.

[15]) Wohl aber dadurch, daß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser die Anfechtungsfrist unbenützt verstreichen läßt.

[16]) Muß die Bestätigung dem anderen Vertragsteil gegenüber erklärt werden? Der für die Beantwortung zunächst in Betracht kommende § 144 fordert eine dem Anfechtungsgegner gegenüber zu erklärende Bestätigung nicht unbedingt; nach ihm muß vielmehr zur Bestätigung auch die Vornahme einer den Bestätigungswillen betätigenden Handlung genügen (vgl. Protokolle II

Digitized by Google

geblichem Irrtum beruhende vertragsmäßige Erbeinsetzung durch formlose Bestätigung des Erblassers volle Wirksamkeit erlangen kann.[17])

f) Die regelmäßige Wirkung der durch den Erblasser erfolgten Anfechtung ergibt sich aus § 142. Darnach ist die angefochtene vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen als von Anfang an nichtig anzusehen. Unter Umständen kann das Ergebnis aber doch auch ein anderes sein.[18]) Beispiel: Der Erblasser A will in dem mit dem B geschlossenen Erbvertrag auch einzelne letztwillige Verfügungen treffen. Diejenigen Verfügungen, welche als vertragsmäßige gewollt sind, stehen im Protokoll unter den Ziffern 1 bis 4; die unter den Ziffern 5 bis 9 stehenden Verfügungen hätten dagegen nur letztwillige sein sollen. Infolge eines Irrtums ist aber im Protokoll unter Ziffer 10 ausgesprochen worden, daß die Verfügungen der Ziffern 1 bis 5 als vertragsmäßige zu gelten haben. Ficht der Erblasser hier unter Berufung auf den unterlaufenen Irrtum an, so werden die Verfügungen unter 5 als letztwillige doch so lange zu gelten haben, als sie vom Erblasser nicht widerrufen worden sind.

g) Hat der Erblasser den Erbvertrag mit Erfolg angefochten,

S. 276 und dazu Planck I Erl. z. § 144). Allein im Falle der Bestätigung eines Erbvertrags dürfte die letztere Möglichkeit ausgeschlossen sein. Denn wie soll man sich hier die Bestätigung durch Willensbetätigung denken? Vgl. auch Hellwig S. 662, anders Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2284. Eine weitere Frage ist, wie die Bestätigung nach dem Tode des anderen Vertragsteils zu erfolgen hat. Es wird Erklärung vor dem Nachlaßgericht zu fordern sein. Als nicht genügend dürfte dagegen Erklärung der Bestätigung gegenüber dem bedachten Dritten oder gegenüber den im § 2285 bezeichneten Personen zu erachten sein. Im zweiten Punkte abweichend Planck-Ritgen Erl. 1 a. E. z. § 2284.

[17]) Dieses Ergebnis ist gewiß nicht erfreulich (vgl. auch Hellwig S. 661), allein mit Rücksicht auf die eingreifenden gesetzlichen Bestimmungen läßt sich über dasselbe nicht hinwegkommen. Insbesondere kann daraus, daß bei einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung von einer Ausschließung der Anfechtung durch eine von seiten des Erblassers im Sinne des § 144 erfolgende Bestätigung überhaupt nicht die Rede sein kann (vgl. oben § 41 Anm. 15), nicht der — von Hellwig S. 661, 662 zwar nicht geradezu vertretene, aber doch für möglich erklärte — Schluß gezogen werden, daß die nach Maßgabe von § 2284 durch den Erblasser erfolgende Bestätigung eines Erbvertrags der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfe.

[18]) Vgl hierzu auch Hellwig S. 653.

Digitized by Google

so ist er dem anderen Teile nach Maßgabe des § 122 zur Vergütung des negativen Interesses[18a]) verpflichtet (arg. a. c. aus § 2279 in Verbindung mit § 2078 Abs. 3).

2. War das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit seines Todes noch nicht erloschen, so kann der Erbvertrag von den nach Maßgabe des § 2080 an dem Schicksal des Nachlasses Beteiligten[19]) nach den für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen (§§ 2081 bis 2083) geltenden Grundsätzen[20]) angefochten werden. Dem hiernach Anfechtungsberechtigten kommt dann die Anfechtungsfrist des § 2082 selbständig zu statten.[21]) Nach Versäumung der ihm zukommenden Anfechtungsfrist kann der Anfechtungsberechtigte aber doch noch immer von dem im § 2083 bestimmten Einrederechte Gebrauch machen. Vgl. § 2285.

[18a]) Man denke z. B. daran, daß der andere Teil im Vertrauen auf den Bestand des Erbvertrags die Kosten der Errichtung auf sich genommen hatte.

[19]) Zu diesen kann möglicherweise *auch* der andere Vertragsteil gehören.

[20]) Vgl. oben § 41 b. D. In den nach § 2081 zu beurteilenden Fällen hat die Anfechtung somit durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht stattzufinden. In den übrigen Fällen erfolgt die Anfechtung nach § 143 gegenüber den „Anfechtungsgegner". Allein wer ist dieser? *Planck-Ritgen* Erl. 1 zu § 2285 will als solchen mit Rücksicht auf § 143 Abs. 2 den anderen Vertragsteil behandelt wissen. Allein hiergegen ist zunächst einzuwenden, daß Abs. 2, 1. Halbsatz von § 143 nur Fälle im Auge hat, in denen ein Vertragschließender anficht; diesem steht dann allerdings der andere Vertragsteil als Anfechtungsgegner gegenüber. Dem nach § 2285 in Verbindung mit § 2080 Anfechtenden steht dagegen ein Vertragsteil überhaupt nicht gegenüber. Die Auffassung von *Planck-Ritgen* führt überdies zu der ganz unannehmbaren, von *Planck-Ritgen* aber trotzdem gezogenen Konsequenz, daß die Anfechtung nach dem Tode des anderen Vertragsteils *dessen Erben gegenüber* zu erklären ist. Man wird daher wie bei der Anfechtung der hierher gehörenden letztwilligen Verfügungen zu entscheiden haben (vgl. auch *Kipp* bei W. III S. 325), daß dem nach § 2285 in Verbindung mit § 2080 Anfechtungsberechtigten derjenige als Anfechtungsgegner gegenübersteht, welcher auf Grund der vertragsmäßigen Zuwendung und infolge des Erbfalles unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat (vgl. § 143 Abs. 4 und dazu oben § 41 Anm. 27). Der andere Vertragsteil kommt also als Anfechtungsgegner nur insoweit in Betracht, als für ihn das eben Gesagte zutrifft. Wie hier auch *Hellwig* S. 665, 666, der sich jedoch in Anm. 377 mit Unrecht gegen eine angeblich in der 1. Auflage d. B. S. 62 aufgestellte Ansicht wendet, die daselbst nicht ausgesprochen ist.

[21]) Unklares bei *Frommhold* S. 256.

Digitized by Google

II. Der Erbvertrag ist kein Vertrag, durch den sich der Erblasser zu einer Leistung verpflichtet, also kein obligatorischer Vertrag; er ist auch kein Vertrag, durch den der Erblasser dem anderen Vertragschließenden ein gegenwärtiges Recht an seinem Vermögen einräumt, er hat nichts Verwandtes mit den Geschäften, durch welche dingliche Rechte bestellt werden, er ist kein dinglicher Vertrag. Der Erbvertrag ist auch kein aus einseitiger Verfügung von Todeswegen und einem daran sich anschließenden Vertrage, durch den der Erblasser auf den Widerruf seiner Verfügung verzichtet, sich zusammensetzendes Doppelgeschäft.[22]) Der Erbvertrag ist vielmehr ein einheitliches Geschäft wie das Testament; während jedoch der Erblasser in diesem einseitig von Todeswegen verfügt, tut er dies im Erbvertrag nicht einseitig, sondern vertragsmäßig,[23]) und während die einseitigen Verfügungen von Todeswegen frei widerruflich sind, sind die vertragsmäßigen Verfügungen grundsätzlich unwiderruflich.[24]) Im übrigen haben die

---

[22]) So die Auffassung Hartmanns in der oben § 44 Anm. *) angegebenen Schrift. Vgl. aber dagegen Stobbe, Deutsches Privatrecht V § 311, Dernburg, Pandekten III § 126, Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht IV § 247, Krainz-Pfaff, System des österr. allg. Privatrechts § 508, Hofmann a. a. O., Schiffner a. a. O. besonders S. 5 ff. Eine starke Hinneigung zu der Auffassung Hartmanns zeigt sich wieder bei Hellwig a. a. O. S. 591 ff., vgl. besonders S. 599 Anm. 227. Seltsam Endemann III S. 245, 246: Darnach „dient" der „Vertragserbe" (darunter versteht E. offenbar die dem sich bindenden Erblasser gegenüberstehende Partei) lediglich „als Formperson, um die Unwiderruflichkeit (der vom Erblasser getroffenen Anordnungen) zu begründen, die einer bloß einseitigen Erklärung aller Wege fehlt", und würde die „Rechtsnatur" dieser Unwiderruflichkeit „klarer (!) hervortreten", wenn der Erblasser die Erklärung, an welche er gebunden sein will, dem Nachlaßgericht gegenüber (vgl. a. a. O. Anm. 19) abzugeben hätte. Einer Widerlegung bedürfen diese ebenso überraschenden als unhaltbaren Behauptungen doch wohl nicht. Für die im Texte vertretene Auffassung sprechen sich neuestens auch Planck-Ritgen Vorbem. 2 z. §§ 2279 ff. und Kipp bei W. III S. 316 aus.

[23]) Der von Todeswegen Verfügende ist also wie im Falle eines Testaments, so auch im Falle eines Erbvertrages der Erblasser. Vgl. auch Hellwig S. 599. Allein hierin liegt durchaus nichts Auffallendes; denn auch bei vertragsmäßigen Verfügungen unter Lebenden, wie z. B. bei der Eigentumsübertragung, Pfandbestellung, Forderungsübertragung verfügen nicht beide Vertragsteile, sondern kommt nur der bisherige Eigentümer, der Pfandbesteller, der seine Forderung übertragende Gläubiger als Verfügender in Betracht.

[24]) Die Art und das Maß der infolge eines vor dem 1. 1. 1900 ge-

Digitized by Google

in einem Erbvertrag verfügten Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen abgesehen von später noch hervorzuhebenden Abweichungen im einzelnen denselben Charakter, als ob sie in einem Testament angeordnet wären.

Das eben Gesagte ist nach verschiedenen Richtungen hin noch näher auszuführen und zugleich auch gegen Zweifel sicher zu stellen.

1. Die Eigenart des Erbvertrags und die für seinen Abschluß erforderliche Form bringen es mit sich, daß auf ihn die im allgemeinen Teil des BGB. enthaltenen Vorschriften über den „Vertrag" (§§ 145 bis 157) zum größten Teil nicht anwendbar sind.[25]) Zweifellos maßgebend sind nur die Bestimmungen der §§ 155, 157.

2. Den Charakter des Verfügungsgeschäftes unter Lebenden hat der Erbvertrag ebensowenig als die letztwillige Verfügung.[26]) Es finden daher auch die auf Verfügungen unter Lebenden sich beziehenden Vorschriften des Ehegüterrechts (vgl. besonders § 1395) auf den von einem Ehegatten mit einem Dritten geschlossenen Erbvertrag keine Anwendung.[27])

3. Ungeachtet der infolge des Erbvertrags sich ergebenden rechtlichen Gebundenheit des Erblassers ist dieser in der Verfügung[28]) über sein Vermögen[29]) durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden durch

---

schlossenen Erbvertrags eingetretenen Gebundenheit ist nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen (Art. 214 Abs. 2 EG.).

[25]) Von einer einseitigen Gebundenheit des Erblassers an seinen vor dem Richter oder dem Notar gestellten Antrag (§ 145) kann selbst in dem Sinne nicht die Rede sein, daß der Erblasser sich sofortige Annahme (§ 147 Abs. 1 Satz 1) von seiten des anderen Teiles gefallen lassen müßte. Denn die Gebundenheit des Erblassers setzt die vollständige Erfüllung der für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form voraus.

[26]) Vgl. oben § 18 Anm. 2.

[27]) Jeder Ehegatte (auch die Ehefrau) kann daher hinsichtlich desjenigen Vermögens, welches seinen Nachlaß bilden wird, ohne Rücksicht auf das bestehende Güterrecht, nicht nur letztwillig, sondern auch erbvertragsmäßig ohne Einwilligung des anderen Teiles verfügen.

[28]) Dasselbe gilt übrigens hinsichtlich der Befugnis des Erblassers zur Vornahme von sein Vermögen betreffenden tatsächlichen Maßregeln.

[29]) Von erheblichem Einfluß auf die künftige Stellung des Vertragserben, Vertragsvermächtnisnehmers, können mit Rücksicht auf die pflichtteilsrechtlichen Konsequenzen auch familienrechtliche Geschäfte des Erblassers (Eheschließung, Kindesannahme, Antrag auf Ehelichkeitserklärung) sein. Es braucht aber kaum gesagt zu werden, daß der Erblasser an der Vornahme dieser Geschäfte

Digitized by Google

den Erbvertrag grundsätzlich nicht beschränkt (§ 2286). Doch greifen zwei, an das bisherige Recht anknüpfende[30]) Sonderbestimmungen[31]) ein:

a) Die eine derselben bezieht sich auf den Fall, daß der Erbe in der Absicht,[32]) den Vertragserben zu beeinträchtigen,[33]) eine Schenkung[34]) gemacht hat.[35]) Nach der im § 2287 getroffenen

(auf die sich § 2286 allerdings nicht bezieht) durch den Erbvertrag in keiner Weise behindert ist, und daß der Pflichtteilsanspruch der in Frage stehenden Personen durch den Erbvertrag weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden kann. Die Anfechtung des Erbvertrags auf Grund des § 2079 (vgl. dazu §§ 2282, 2285) kann dagegen im Erbvertrag selbst schon im voraus ausgeschlossen werden.

[30]) Vgl. dazu Motive V S. 329, 337.

[31]) Die I. Kommission hatte noch eine dritte Sonderbestimmung in Aussicht genommen. Darnach sollte der dem Erblasser gegenüberstehende Vertragsteil als solcher bei Vorhandensein der im jetzigen § 6 Z. 2 aufgestellten Voraussetzungen zum Antrag auf Entmündigung des Erblassers wegen Verschwendung berechtigt sein. Allein die II. Kommission hat dies abgelehnt.

[32]) Daß der Beschenkte die Absicht des Erblassers geteilt habe, ist nicht erforderlich.

[33]) Diese Absicht wird als ausgeschlossen gelten müssen bei den unter § 534 fallenden Schenkungen, ferner in aller Regel bei Schenkungen, die nicht aus dem Stammvermögen, sondern aus den Einkünften gemacht worden sind (so wird man den in den Protokollen V S. 392 eingenommenen Standpunkt zu berücksichtigen haben). Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2 b z. § 2287 und Kipp bei W. III S. 320. Unter besonderen Umständen wird man übrigens die hier in Frage kommende Beeinträchtigungsabsicht auch bei Schenkungen aus den Einkünften annehmen können. Beispiel: Der durch Erbvertrag gebundene Erblasser verwendet sein ganzes Vermögen zum Erwerb des Rechtes auf eine sehr ansehnliche lebenslängliche Rente und verschenkt dann, was er von dem jährlichen Rentenbezug nicht für sich verbraucht, auf daß für den Vertragserben nichts übrig bleibt.

[34]) Bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit Schenkung vorliegt, kommt selbstverständlich auch § 117 in Betracht. Gegen die Vornahme von entgeltlichen Rechtsgeschäften, infolge welcher das Vermögen des Erblassers vollständig erschöpft (Leibrentenvertrag) oder gemindert wird, ist der Vertragserbe durch § 2287 nicht geschützt. Ein auf § 826 sich stützender Anspruch des Vertragserben gegen den Dritten, mit welchem der Erblasser das Geschäft geschlossen hat, wird sich in den seltensten Fällen begründen lassen.

[35]) Dabei ist in aller Regel nur an Schenkungen zu denken, die nach dem Abschluß des Erbvertrags erfolgt sind; hiervon dürfte eine Ausnahme jedoch dann zu machen sein, wenn der Erblasser bei einer vor der Schließung des Erbvertrags vorgenommenen Schenkung von der Absicht geleitet war, die Vorschrift des § 2287 zu umgehen. Grundsätzlich anders § 2325 Abs. 1 und dazu unten § 58 d. D. Besonders hervorzuheben ist sodann, daß eine dem

Digitized by Google

Entscheidung[36]) ist hier der Vertragserbe[37]) nach dem an ihn erfolgten Anfall der Erbschaft[38]) berechtigt, von dem Beschenkten[39]) die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer

---

Abs. 3 von § 2325 entsprechende Vorschrift hier fehlt. Die Schenkungen können also durch unbeschränkte Zeit hinter dem Erbfall zurückliegen.

[36]) Der im § 2287 bestimmte Anspruch steht dem Vertragserben insoweit nicht zu, als er im Erbvertrag ausgeschlossen worden ist. Im Falle einer solchen Vereinbarung ist die Anwartschaft des Vertragserben so geartet, daß in der Vornahme von Schenkungen durch den Erblasser eine Beeinträchtigung des Vertragserben niemals erblickt und von einer Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers nicht die Rede sein kann. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. III z. § 2287. Anders Kipp bei W. III S. 321, der das Gegenteil aus § 276 Abs. 2 ableiten will. Kipp scheint hierbei den rechtlichen Charakter der hier in Frage stehenden Vereinbarung zu verkennen. Es ist durchaus nichts gegen die guten Sitten Verstoßendes, wenn festgesetzt wird, daß sich der Vertragserbe mit demjenigen Vermögen begnügen müsse, welches zur Zeit des Erbfalls den Nachlaß des Erblassers bilden wird.

[37]) Dem anderen Vertragsteil als solchem kommt ein Recht aus § 2287 nicht zu.

[38]) Vor diesem Zeitpunkte ist ein Anspruch des eventuellen Vertragserben gegen den Beschenkten keinesfalls begründet. Trifft der Anfall der Erbschaft an den Vertragserben, weil dieser z. B. nur als Nacherbe eingesetzt ist, mit dem Tode des Erblassers nicht zusammen, so kommen dem eventuellen Vertragserben dem Beschenkten gegenüber vom Erbfall an die einem bedingt (ex die) forderungsberechtigten nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden Rechte auf Sicherung durch Arrestlegung, Erwirkung einer einstweiligen Verfügung u. dgl. sicherlich zu. Zweifelhaft ist, ob diese Rechte dem eventuellen Vertragserben dem Beschenkten gegenüber auch schon bei Lebzeiten des Erblassers zugesprochen werden dürfen. Verneinend Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2287, bejahend Wilke S. 255. Für die erstere Ansicht scheint die in den §§ 2279, 2286 sich ausprägende Auffassung des Erbvertrags zu sprechen. Zu Gunsten der letzteren Ansicht läßt sich aber sagen, daß die aus einer Ausnahmevorschrift — und als solche stellt sich die Bestimmung des § 2287 dar — zu ziehenden Folgerungen nicht nach Maßgabe des durch sie durchbrochenen Prinzips, sondern nach dem Zwecke der Ausnahmevorschrift selbst zu beurteilen sind. Diesem Zwecke entspricht aber die Möglichkeit eines Schutzes des Vertragserben schon bei Lebzeiten des Erblassers. Andernfalls könnte das dem Vertragserben nach § 2287 zukommende Recht leicht vereitelt werden. Von Sicherungsrechten des eventuellen Vertragserben gegenüber dem Erblasser selbst kann dagegen schon deswegen nicht die Rede sein, weil ein eventuelles Forderungsrecht des ersteren gegen den letzteren überhaupt nicht in Frage steht. Anders mit Unrecht Wilke S. 255.

[39]) Anders das österr. BGB. (§ 1252), das dem Vertragserben einen Anspruch gegen den Beschenkten unter allen Umständen versagt.

Digitized by Google

ungerechtfertigten Bereicherung[40]) und, wenn das erteilte Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt ist, Befreiung von der Leistung zu fordern. Der Anspruch verjährt grundsätzlich in drei Jahren von dem Anfall der Erbschaft an,[41]) geht er jedoch auf Befreiung, so kann der Vertragserbe dem den Anspruch aus der Schenkung geltend machenden Beschenkten die Erfüllung selbst nach eingetretener Verjährung des Befreiungsanspruchs verweigern (§ 821). Im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern[42]) ist der im § 2287 bestimmte Anspruch nicht als Bestandteil des Nachlasses zu behandeln.[43]) Ihnen gegenüber sind vielmehr die geschenkten Gegenstände insoweit als aus des Erblassers Vermögen definitiv ausgeschieden zu betrachten, als nicht

---

[40]) Die Haftung des Beschenkten bestimmt sich im allgemeinen nach § 818 und unter Umständen nach § 819. Fraglich ist, ob eine Haftung des Beschenkten nach § 819 auch schon für die Zeit des Lebens des Erblassers dann anzunehmen ist, wenn der Beschenkte die Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers von vornherein gekannt oder doch später, aber noch vor dem Tode des Erblassers erfahren hat. Der Zweifel beruht darauf, daß dem Beschenkten vor dem Tode des Erblassers in der Person des Vertragserben noch kein Gläubiger, nicht einmal ein bedingter gegenübersteht. Trotzdem dürfte die Frage zu bejahen sein (vgl. auch Kipp a. a. O. S. 320); denn auch sonst kommt es vor, daß in der Person eines eventuellen Schuldners eine Haftung eintritt, obschon von einem bedingten Gläubigerrecht noch keine Rede sein kann. Man denke z. B. an die Haftung des Vorerben mit Rücksicht auf einen Nacherben, der noch nicht einmal erzeugt ist (§ 2105 Abs. 2), oder an den Fall des § 331 Abs. 2.

[41]) Unentscheidend ist der Zeitpunkt, in welchem der Vertragserbe von der Schenkung oder von dem Erbfall und seiner Berufung als Vertragserbe Kenntnis erlangt hat.

[42]) Im Falle eines Erbschaftskaufes muß durch Auslegung ermittelt werden, ob der Anspruch als mitverkauft anzusehen ist. Eine Auslegungsfrage ist es auch, ob, wenn dem Vertragserben ein Nacherbe folgt, sich das Recht des letzteren auch auf den Anspruch des Vertragserben gegen den Beschenkten bzw. auf das durch Geltendmachung dieses Anspruchs Erlangte erstreckt. Wie sich dabei die Verhältnisse je nach Lage der Umstände gestalten, kann hier nicht weiter auseinandergesetzt werden.

[43]) Nicht ohne Schwierigkeit ist die Frage, ob dem Vertragserben der im § 2287 bestimmte Anspruch auch zusteht, wenn er die ihm auf Grund des Erbvertrags angebotene Erbfolge ausschlägt. Es dürfte als Regel festzuhalten sein, daß damit auch der auf § 2287 sich stützende Anspruch entfällt. Dies kann aber nicht ausnahmslos gelten. Man denke z. B. daran, daß der Vertragserbe ausschlägt, weil der Nachlaß überschuldet ist, und erst hinterher von dem im § 2287 vorausgesetzten Tatbestande Kenntnis erlangt. Bei solcher Sachlage kann ihm die Ausschlagung nicht schaden.

Digitized by Google

die Schenkung zu ihren Gunsten nach Maßgabe der Vorschriften der KO. bzw. des Anf.Ges. der Anfechtung unterliegt.[44]) Der des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung teilhaftige Vertragserbe kann daher auch den Nachlaßgläubigern die Befriedigung aus seinem Anspruch gegen den Beschenkten bzw. aus dem durch die Geltendmachung dieses Anspruchs Erlangten verwehren.[45])

Einzelnes:

Das Gesetz geht im § 2287 offenbar von der Voraussetzung aus, daß der Vertragserbe Alleinerbe wird. Die Sachlage kann sich aber auch anders gestalten. Folgende Möglichkeiten sollen in Erwägung gezogen werden:

α) Durch Erbvertrag sind mehrere Vertragserben berufen, denen die ganze Erbschaft anfällt. In diesem Falle steht (soweit nicht wegen Unteilbarkeit der Leistung eine Abweichung eintritt) jedem Miterben ein selbständiger Teilanspruch gegen den Beschenkten zu.[46])

β) Der Vertragserbe ist Teilerbe, neben dem ein testamentarischer oder gesetzlicher Erbe zur Erbfolge gelangt. Hier geht der Anspruch gegen den Beschenkten[47]) nur soweit, als der Vertragserbe vom Miterben Ersatz nicht erhalten kann.

---

[44]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. III z. § 2287.

[45]) Besonderes gilt in dem Falle, wenn das vom Erblasser gemachte Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt ist. Macht hier der Vertragserbe den Befreiungsanspruch geltend oder verweigert er dem Beschenkten auch nur die Leistung, so bleibt der Gegenstand des Schenkungsversprechens im Nachlaß und haftet daher als dessen Bestandteil den Nachlaßgläubigern. Außerdem kommt in Betracht, daß der Forderung des Beschenkten im Falle des Nachlaßkonkurses nur der im § 226 KO. bestimmte Rang zukommen kann.

[46]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 7 z. § 2287. Würde man den Anspruch gegen den Beschenkten als zum Nachlaß gehörend betrachten, so müßte § 2039 eingreifen und würde sich hierdurch ein wenig befriedigendes Ergebnis herausstellen.

[47]) Im Entwurf II (§ 2153 Abs. 1 Satz 2) war ausdrücklich bestimmt, daß sich der Anspruch des Vertragserben für diesen Fall auf einen entsprechenden Teil des Geschenkes beschränkt. Bei der Schlußrevision wurde diese Vorschrift gestrichen und dabei nach Absicht der Kommission die Frage offen gelassen, ob bei solcher Lage das Verhältnis des Vertragserben zu den Miterben nicht von der Art sei, daß diese ihm vor dem Beschenkten haften (Protokolle VI S. 351). Trotzdem wird die Frage von Planck-Ritgen Erl. 7 z. § 2287 und den dort Berufenen so entschieden, wie es im Entwurf II ausdrücklich bestimmt war. Anders Fischer-Henle Anm. 5 z. § 2287; darnach sollen die Miterben vor dem Beschenkten haften. Für die sachliche

Digitized by Google

b) durch eine weitere Sonderbestimmung (vgl. § 2288) kommt das Gesetz dem Vertragsvermächtnisnehmer im Falle einer vom Erblasser absichtlich herbeigeführten Beeinträchtigung des eventuellen Vermächtnisanspruchs zu Hülfe.[48]) Hat nämlich der Erblasser den

---

Beurteilung der Frage dürfte folgendes in Betracht kommen. Beschränkt sich die erbvertragsmäßige Gebundenheit des Erblassers lediglich auf einen Bruchteil der Erbschaft, so kann von einer Beeinträchtigung des eventuellen Vertragserben durch eine von jenem vorgenommene Schenkung unter Lebenden nicht die Rede sein, wenn der Vertrags-Teilerbe dasjenige, was auf ihn, abgesehen von der Schenkung, vom Werte des Geschenkes entfallen sein würde, durch letztwillige Anordnung des Erblassers aus dem Nachlaß erhält. Beispiel: Ein Erblasser, dessen Vermögen sich auf 200000 beläuft und der den X erbvertragsmäßig in Ansehung der Hälfte seiner Erbschaft als Erben ernannt hatte, verschenkt später durch Rechtsgeschäft unter Lebenden 50000 an den Y, verfügt aber dann letztwillig, daß X neben seinem vertragsmäßigen Erbteil noch 1/6 der Erbschaft als Testamentserbe haben soll, oder wohl auch, daß der neben dem Vertragserben in Ansehung der zweiten Hälfte der Erbschaft zur Erbfolge gelangende gesetzliche Erbe gehalten sein soll, dem X zum Zwecke der Ausgleichung der Schenkung 25000 zu bezahlen. X erhält bei solcher Lage der Dinge genau das, was er abgesehen von der Schenkung als Vertragserbe zur Hälfte erlangt haben würde, nämlich 100000. Ein Anspruch gegen den Beschenkten kann ihm daher nicht zukommen. Hieran muß noch ein weiterer auf die Auslegung des Erbvertrags sich beziehender Schluß geknüpft werden. Die für die letztere nach § 157 maßgebenden Grundsätze von Treu und Glauben führen nämlich dazu, daß eine vom Erblasser nach dem Erbvertrag gemachte Schenkung unter Lebenden, die bei Vorhandensein eines Vertragsalleinerben nach § 2287 beurteilt werden müßte, im Verhältnis zu einem Vertragsteilerben als eine den Anspruch gegen den Beschenkten begründende Beeinträchtigung insoweit nicht anzusehen ist, als der Vertragserbe den Ersatz desjenigen, um was sich infolge der vom Erblasser gemachten Schenkung der Wert seines Vertragserbteils mindert, in Gestalt eines ihm neben dem Vertragserbteil zukommenden weiteren Erbteils erhält oder doch wenigstens von seinem Miterben, der als Ersatzverpflichteter zunächst in Betracht kommen soll, erlangen kann. Auf Grund dieser Auslegung gelangt man zur Entscheidung des Textes.

[48]) Kann auch der in § 2288 dem Vertragsvermächtnisnehmer in Aussicht gestellte Anspruch im Erbvertrag schon im voraus ausgeschlossen werden? Dies wird zu bejahen sein. Der Sinn einer solchen Abmachung ist offenbar der, daß der Erblasser dem Vertragsvermächtnisnehmer gegenüber in Ansehung rechtsgeschäftlicher und tatsächlicher Verfügungen über sein Vermögen überhaupt und über den vermachten Gegenstand insbesondere derselben Freiheit teilhaftig sein soll, wie sie ihm einem durch letzten Willen mit einem Vermächtnis Bedachten gegenüber zukommt. Hat sich aber der Vermächtnisnehmer mit einer so gearteten Vermächtnisanwartschaft zufrieden gegeben, so trifft

Digitized by Google

vermachten Gegenstand in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört,[49]) bei Seite geschafft oder beschädigt, so kommt diesem, soweit der Erbe hierdurch außer stand gesetzt worden ist, die Leistung so zu bewirken, wie sie im Sinne des Erbvertrags erfolgen sollte, ein gegen den Erben sich richtenden Anspruch[50]) auf Ersatz des Wertes bzw. der Wertminderung zu.[51]) Und hat der Erblasser den vermachten Gegenstand in gleicher Beeinträchtigungsabsicht entgeltlich oder unentgeltlich veräußert oder belastet, so ist der Erbe trotzdem zur Leistung des von den aufgelegten Lasten zu befreienden Gegenstandes, eventuell nach Maßgabe des § 2170 Abs. 2[52]) zum Werterersatz bzw. zum Ersatz des mit Rücksicht auf die Belastung sich ergebenden Minderwertes verpflichtet. War aber die Veräußerung oder Belastung schenkweise erfolgt, so steht dem Bedachten, soweit er vom Erben Ersatz nicht erlangen kann[53]) ein Anspruch gegen den Beschenkten[54]) auf Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu; er verjährt in drei Jahren vom Anfall des Vermächtnisses an.

Die dargestellten Vorschriften des § 2288 greifen vorzugsweise beim vertragsmäßigen Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes, den der Erblasser als einen ihm gehörenden vermacht hat, durch und führen hierbei zu einer wesentlich anderen Behandlung, als sie die auf einen solchen Gegenstand gerichteten letztwilligen Vermächtnisse

---

das in Anm. 36 Gesagte auch hier zu. Vgl. aber doch auch Kipp bei W. III S. 321. Von einem gewöhnlichen letztwilligen Vermächtnis unterscheidet sich ein in der angegebenen Weise beschränktes Vertragsvermächtnis doch noch immer dadurch, daß dieses dem Widerruf durch Testament entzogen ist.

[49]) Hierunter fällt auch der in Beeinträchtigungsabsicht vorgenommene Verbrauch, desgleichen die in solcher Absicht erfolgende Vornahme einer der im § 2172 bezeichneten Handlungen.

[50]) Er hat denselben vermächtnisrechtlichen Charakter wie der Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes selbst, „an dessen Stelle" er tritt (§ 2288), oder zu dem er hinzutritt.

[51]) Ein Anspruch auf Schadensersatz ist nicht begründet.

[52]) Vgl. oben § 34 III d. D. Zu beachten ist auch hier die aus § 2170 Abs. 2 Satz 2 sich ergebende facultas alternativa zu Gunsten des Erben.

[53]) Vgl. hierzu die wesentlich abweichende Fassung des § 2329 Abs. 1.

[54]) Die weitere Ausführung des Textes über den Anspruch gegen den Beschenkten ergibt sich aus der Berufung des § 2287 in § 2288.

Digitized by Google

finden.[55]) Aber auch beim vertragsmäßigen Verschaffungsvermächtnis ist § 2288 insoweit von Bedeutung, als sich das daselbst für den Fall der Zerstörung, Beiseiteschaffung oder Beschädigung der Sache durch den Erblasser bestimmte Recht des vertragsmäßig Bedachten aus den Bestimmungen über das letztwillige Verschaffungsvermächtnis[56]) nicht ergeben würde.[57]) Gattungsvermächtnisse werden durch den Wortlaut des § 2288 nicht betroffen. Allein es läßt sich immerhin denken, daß der Erblasser in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, die Leistung aus der Gattung überhaupt unmöglich macht.[58]) Sollte dies vorkommen, so wird § 2288 doch wohl zur entsprechenden Anwendung zu bringen sein.[59]) Es ist endlich noch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß der Erblasser in der im § 2288 bezeichneten Absicht dem vertragsmäßig Bedachten, mag es sich dabei um ein Verschaffungs- oder Gattungsvermächtnis oder um das Vermächtnis einer bestimmten Geldsumme handeln, die praktische Durchsetzbarkeit des Vermächtnisanspruchs[60]) durch sein Vermögen erschöpfende schenkweise Zuwendungen unter Lebenden vereitelt. Unter solchen Verhältnissen wird dem Bedachten in Konsequenz des im § 2288 sich ausprägenden gesetzgeberischen Gedankens[61]) der vorerwähnte Anspruch gegen den Beschenkten nicht versagt werden können.

4. Die viel verhandelte Frage, ob man den Erbvertrag als ein

---

[55]) Denn bei diesen kann eine Beeinträchtigungsabsicht und Beeinträchtigungshandlung des Erblassers im Sinne des § 2288 gar nicht in Frage kommen. Gehört der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zum Nachlaß, so ist § 2169 Abs. 1 maßgebend; hat der Erblasser den Gegenstand belastet, so kommt § 2165 zur Anwendung, und hat der Erblasser die vermachte Sache zerstört, beiseite geschafft oder beschädigt, so ist ein Anspruch des letztwillig Bedachten gegen den Erben auf Ersatz des Wertes bzw. der Wertminderung nicht begründet (§§ 2164, 2171, 2172).

[56]) Vgl. §§ 2170, 2182 und dazu oben § 34 b. D.

[57]) So mit Recht Panck-Ritgen Erl. 1 z. § 2288 gegen Schiffner S. 132 Anm. 8 und Andere.

[58]) So z. B. bei einem sogenannten gemischt generischen Vermächtnis. Vgl. hierzu Schollmeyer Komment. z. R. der Schuldverhältnisse S. 9.

[59]) Anders Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2288.

[60]) Ein Schutz gegen vom Erblasser zum Zwecke der Vereitelung einer erbvertragsmäßigen Auflage vorgenommenen Handlung läßt sich aus dem Gesetz, wenigstens unmittelbar, nicht ableiten.

[61]) Auf Grund der von Planck-Ritgen Erl. 1 vertretenen Auslegung des § 2288 müßte man freilich zu einem anderen Ergebnis gelangen.

Digitized by Google

aus einseitiger Verfügung von Todeswegen und einem vertragsmäßigen Widerrufsverzicht sich zusammensetzendes Doppelgeschäft oder, wie dies hier geschehen ist, als ein einheitliches Geschäft auffaßt, ist nicht allein von theoretischer, sondern auch von praktischer Bedeutung:

a) Nach der Theorie vom Doppelgeschäft erscheint es als unmöglich, daß ein Testierunfähiger als Erblasser einen Erbvertrag schließt; denn der Testierunfähige kann die den ersten Teil des angeblichen Doppelgeschäfts bildende einseitige Verfügung von Todeswegen nicht vornehmen. Daß sich das BGB. auf den Standpunkt dieser Theorie nicht stellt, ergibt sich klar aus der im § 2275 anerkannten Möglichkeit eines zwischen einem nicht testierfähigen Ehegatten als Erblasser[62]) mit dem anderen Ehegatten geschlossenen Erbvertrags.

b) Eine einseitige Verfügung von Todeswegen kann vom Erblasser selbst niemals angefochten werden.[63]) Nach der Theorie vom Doppelgeschäft könnte daher die vom Erblasser vorgenommene Anfechtung des Erbvertrags sich immer nur auf den Widerrufsverzicht beziehen, so daß nach wirksamer Anfechtung noch immer eine einseitige Verfügung von Todeswegen übrig bliebe. Nach der Auffassung des Gesetzes wird jedoch durch die vom Erblasser vorgenommene Anfechtung des Erbvertrags normaler Weise die vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen selbst außer Kraft gesetzt.

c) Mit der im § 2290 anerkannten Möglichkeit der Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung von Todeswegen durch contrarius consensus läßt sich die Theorie vom Doppelgeschäft nicht vereinigen. Denn nach dieser könnte durch contrarius consensus nur der Widerrufsverzicht, nicht aber die Verfügung von Todeswegen selbst aufgehoben werden.

Ist hiermit aber auch dargetan, daß die Lehre vom Erbvertrag nach dem BGB. nicht auf Grund der Theorie vom Doppelgeschäft aufgebaut werden kann, so darf der Gegensatz der vertragsmäßigen Verfügung von Todeswegen zur letztwilligen Anordnung doch nicht überspannt werden.[64]) Wer den Willen hat, eine Verfügung von

[62]) Vgl. oben § 44 II d. D.

[63]) Vgl. oben § 41 Anm. 15 d. D.

[64]) Vgl. auch hier die schon weiter oben gewürdigte Bestimmung des § 2279 Abs. 1.

Digitized by Google

Todeswegen als vertragsmäßige zu errichten, kann selbstverständlich nicht wollen, daß sie eine nur einseitige sei. Mit jenem Willen wohl verträglich ist aber der eventuelle Wille, daß die zunächst als eine vertragsmäßige gewollte Verfügung von Todeswegen als letztwillige gelten solle, soweit sie als vertragsmäßige nicht zu stande kommt oder hinterher aufhört, als solche wirksam zu sein.[65]) Man muß aber noch weiter gehen. Denn selbst in solchen Fällen, in denen dem Erblasser die Möglichkeit, daß sich seine Verfügung als vertragsmäßige nicht wirksam erweisen werde, ganz fern lag, wird doch sehr oft anzunehmen sein, daß der Erblasser sie bei Kenntnis der die Wirksamkeit des beabsichtigten Erbvertrags ausschließenden Umstände als letztwillige gewollt haben würde, und deshalb Konversion (vgl. § 140) Platz zu greifen haben. Ob und inwieweit man hiernach einen unwirksamen Erbvertrag als Testament aufrecht erhalten kann, darf aber nicht schablonenhaft, sondern nur nach vorsichtiger Prüfung der besonderen Umstände des Falles entschieden werden.[66]) Hierbei wird übrigens in der Mehrzahl der Fälle doch zu einer bejahenden Entscheidung zu gelangen sein.

III. Obschon das römische Recht den Erbvertrag nicht kannte,

---

[65]) Vgl. hierzu Motive I S. 218, V S. 317, Planck I zu § 140, Schiffner S. 196 ff., Hellwig S. 601, 602. Der letztgenannte Schriftsteller wirft die Frage auf, ob man hierbei von einer Konversion im technischen Sinne (§ 140) zu reden habe. Die Antwort hängt von den Umständen ab. Kann aus denselben deutlich entnommen werden, daß die Verfügung vom Erblasser eventuell als letztwillige gewollt ist, so braucht der Gesichtspunkt der Konversion in der Tat nicht herangezogen zu werden. Anders verhält es sich, wenn die gemachte Voraussetzung nicht zutrifft; vgl. hierüber die weitere Ausführung im Texte. Zustimmend Planck-Ritgen Vorbem. 4c zu §§ 2274 ff.

[66]) Weiter geht Hellwig S. 602; er will nämlich aus § 2279 Abs. 1 in Verbindung mit § 2085 sogar eine gesetzliche „Vermutung" zu Gunsten der Aufrechterhaltung der als Erbvertrag nicht wirksam gewordenen Anordnung als letztwillige Verfügung ableiten. Allein die von Hellwig berufenen Bestimmungen beweisen nicht das Vorhandensein einer praesumptio iuris im technischen Sinne. Ein besonders wichtiger Fall, in dem eine erbvertragsmäßige Verfügung als letztwillige nicht aufrecht erhalten werden kann, ist gegeben, wenn die der Wirksamkeit entbehrende erbvertragsmäßige Verfügung von einem nicht testierfähigen Erblasser nach Maßgabe von § 2275 Abs. 2, 3 getroffen worden war (vgl. dazu oben § 44 Anm. 10). Über einen weiteren hierher gehörenden Fall vgl. unten Anm. 74.

Digitized by Google

so hat es doch ein Institut ausgebildet, das sich mit dem auf Gewährung eines Vermächtnisses gerichteten Erbvertrag (Vermächtnisvertrag) zwar durchaus nicht deckt, aber doch in manchen Punkten berührt, nämlich die vertragsmäßige Schenkung auf den Todesfall;[67]) im gemeinen Rechte bestanden beide Institute, die Schenkung auf den Todesfall und der Vermächtnisvertrag, nebeneinander.[68]) Nach dem Vorgang anderer Gesetzgebungen ist auch das BGB. bestrebt, dies zu vereinfachen:

1. Auf das unter der Bedingung,[69]) daß der Beschenkte den

---

[67]) Vgl. über sie Cohen: Die Lehre des römischen Rechtes von der Schenkung von Todeswegen (1878). Sehling: Die Schenkung auf den Todesfall (1886). Schiffner S. 208 ff. Hellwig S. 592 ff. Kipp bei W. III S. 699 ff.; daselbst S. 700 insbesondere auch eine Erörterung des mit § 2301 nicht unmittelbar zusammenhängenden Falles, daß der durch Erbvertrag gebundene Erblasser dem Vertragserben, Vertragsvermächtnisnehmer durch Rechtsakt unter Lebenden die zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstände, bzw. den vermachten Gegenstand überträgt.

[68]) Der Unterschied zwischen beiden Instituten ist im wesentlichen folgender: Die Schenkung auf den Todesfall ist nach röm. und gem. Rechte eine durch Vertrag unter Lebenden für den Fall, daß der Beschenkte den Schenker überlebt (vgl. aber auch l. 26 D. 39. 6) gemachte schenkweise Zuwendung. Sie kann sowohl durch sofortige Übereignung des geschenkten (eventuell aber wieder herauszugebenden) Gegenstandes als auch durch Erteilung eines Schenkungsversprechens erfolgen. Trotz ihrer Vertragsmäßigkeit ist die Schenkung a. d. T. jedoch regelmäßig widerruflich. Tritt die Bedingung, unter der geschenkt worden ist, ein, und ist ein wirksamer Widerruf unterblieben, so gilt die aus dem Schenkungsversprechen sich ergebende Verpflichtung als eine schon in der Person des Schenkers entstandene. Demgemäß ist die Schenkung a. d. T. keine Zuwendung aus dem Nachlaß; sie hat nicht den Charakter einer erst in der Person des Erben wirksam werdenden Onerierung, sondern ist vom Erben zu erfüllen als eine schon vom Erblasser eingegangene Verbindlichkeit. Im Falle eines Vertragsvermächtnisses trifft dagegen der Erblasser eine Verfügung von Todeswegen, die sich von einer letztwilligen nur durch ihre grundsätzliche Unwiderruflichkeit unterscheidet. Aus dieser Verfügung erwächst dem Bedachten vor dem Erbfall keinesfalls ein Recht und nach dem Erbfall nur ein Recht derselben Art, wie es aus einer letztwilligen Verfügung entspringen kann. Trotz dieser grundsätzlichen Verschiedenheit zwischen Schenkung auf den Todesfall und Zuwendung durch Vermächtnisvertrag ist übrigens der praktische Unterschied zwischen beiden Geschäften aus dem Grunde kein sehr erheblicher, weil auf die Schenkung a. d. T. im späteren römischen Rechte zahlreiche Sätze des Vermächtnisrechtes übertragen wurden.

[69]) Anders liegt der Fall, wenn das Schenkungsversprechen unbedingt

Digitized by Google

Schenker überlebt,[70]) erteilte und bei Lebzeiten des Schenkers unerfüllt gebliebene Schenkungsversprechen finden nämlich schlechtweg[71]) die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen[72]) Anwendung

---

gemacht und nur dessen Erfüllung auf die Zeit des Todes des Schenkers hinausgeschoben ist. Dann liegt eine gewöhnliche Schenkung unter Lebenden vor.

[70]) Die Bedingung des Schenkungsversprechens kann übrigens auch darauf abgestellt sein, daß die Schenkung nur gelten solle, wenn der Beschenkte den bei einer bestimmten Lebensgefahr umkommenden Schenker überlebt.

[71]) Hieran wird selbst dadurch nichts geändert, daß sich das Schenkungsversprechen hinter einem unter der Bedingung, daß der eventuelle Gläubiger den Schuldner überlebe, nach Maßgabe der §§ 780, 781 erteilten (abstrakten) Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis verbirgt. Hellwig S. 594 Anm. 216 erklärt, sich ein bedingtes Schuldanerkenntnis im Sinne des § 2301 Abs. 1 a. E. gar nicht vorstellen zu können. Worin aber die Schwierigkeit dieser Vorstellung bestehen soll, bleibt unerfindlich. Beispiel: Der Erblasser anerkennt in der Form des § 781 dem X für den Fall, daß dieser ihn überlebt, 1000 schuldig zu sein. Wird von seiten des Erben nachgewiesen, daß sich hinter diesem Anerkenntnis eine Schenkung verbirgt, so kann diese, wenn bis zum Erbfall unerfüllt geblieben, nur als Verfügung von Todeswegen aufrecht erhalten werden. Zur Annahme eines Vermächtnisvertrages fehlt es aber nach dem Tatbestand jedenfalls an der erforderlichen Form; ob die Voraussetzungen eines durch eigenhändiges Testament verfügten letztwilligen Vermächtnisses vorliegen, ist nach Maßgabe des konkreten Sachverhalts zu entscheiden.

[72]) Im Falle der Gleichzeitigkeit des Todes des Schenkers und des Beschenkten (vgl. hierzu § 20 BGB.) erweist sich daher ein bei Lebzeiten des Schenkers unerfüllt gebliebenes Schenkungsversprechen der im Texte bezeichneten Art als bedeutungslos (vgl. § 2301 Abs. 1 mit §§ 1923, 2160). Wie verhält es sich aber unter sonst gleichen Voraussetzungen dann, wenn das Schenkungsversprechen für den Fall gemacht ist, daß der Beschenkte nicht vor dem Schenker stirbt? Völlig zweifellos ist, daß es mit Rücksicht auf die vorher berufenen Bestimmungen bei Gleichzeitigkeit des Todes des Schenkers und des Beschenkten als Verfügung von Todeswegen nicht gelten kann. Darf man es aber vielleicht als Schenkung unter Lebenden und demgemäß, mag es auch bei Lebzeiten des Erblassers unerfüllt geblieben sein, als gültig behandeln, wenn nur den Anforderungen des § 518 entsprochen ist? Dies muß verneint werden (vgl. auch Entwurf I § 1963; zweifelnd die Protokolle V S. 461, laut deren die Entscheidung der Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben soll). Denn sonst würde man dazu gelangen, ein unter der bezeichneten Bedingung erteiltes und beim Tode des Schenkers noch unerfülltes Schenkungsversprechen bei Beobachtung der Anforderungen des § 518 auch dann gelten zu lassen, wenn der Beschenkte den Schenker überlebt hat. Dies widerspricht aber direkt der Bestimmung des § 2301. Das Ergebnis ist somit, daß § 2301 auch dann zur Anwendung gebracht werden muß, wenn die Bedingung der Schenkung

Digitized by Google

(§ 2301 Abs. 1). Hieraus ergibt sich, daß ein solches Schenkungsversprechen keinesfalls stärkere Wirkung haben kann als eine erbvertragsmäßige Zuwendung. Soll ihm diese Wirkung zukommen, so muß aber auch den formellen Anforderungen, die das Gesetz an den Abschluß eines Erbvertrags stellt, entsprochen sein.[73]) Liegen die Voraussetzungen hierfür nicht vor, so wird sich aber unter Umständen das Schenkungsversprechen doch als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten lassen.[74])

2. Eine vom Schenker bereits vollzogene Schenkung wird dagegen trotz der ihr beigefügten Bestimmung, daß der geschenkte Gegenstand an den Schenker wieder zurückfallen solle,[75]) wenn der Beschenkte

---

darauf gestellt ist, daß der Beschenkte nicht vor dem Schenker sterben werde. War das Schenkungsversprechen bei Lebzeiten des Schenkers erfüllt worden, so gewinnt aber die Fassung der Bedingung bei der Beurteilung der Frage des Rückfalls an den Schenker praktische Bedeutung. Vgl. darüber unten Anm. 76. Für die hier vertretene Lösung entscheidet sich auch Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2301.

[73]) Trifft dies zu, so entsteht dann die weitere Frage, ob der „Beschenkte" als Vertragserbe oder als Vertragsvermächtnisnehmer zu behandeln ist. Regelmäßig wird man sich für das letztere zu entscheiden haben. Vermöge der besonderen Umstände des Falles kann aber auch die erstere Entscheidung geboten sein. Vgl. auch Hellwig S. 595. Schiefes bei Boehm S. 240 II a. E.

[74]) Die hier berührte Frage kann wegen der Möglichkeit der Errichtung eines Testaments in eigenhändiger Form leicht praktisch werden. Gerade in den hierher gehörenden Fällen ist aber besondere Vorsicht geboten. Beispiel: A richtet an B einen von ihm eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen und mit Orts- und Zeitdatum versehenen Brief folgenden Inhalts: „Ich möchte Ihnen meine Dankbarkeit dadurch beweisen, daß ich Ihnen hiermit für den Fall, daß Sie mich überleben, 10000 Mk. verspreche." Obschon B hierauf geantwortet hatte, daß er es für unangemessen halten würde, den A bei seinem etwas voreiligen Versprechen festzuhalten, stützt er sich nach dem bald darauf erfolgten Tode des A auf dessen Brief mit der Behauptung, daß sich derselbe als eine von A in eigenhändiger Form errichtete letztwillige Vermächtnisverfügung darstelle. Bei dieser Sachlage würde es der Absicht des A offenbar widersprechen, wenn sein Brief an B als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten werden wollte. Vgl. auch Hellwig S. 595 Anm. 218.

[75]) Ob der dem Schenker in diesem Falle zukommende Anspruch ein dinglicher oder ein nur obligatorischer ist, hängt von den Umständen ab, unter welchen die Vollziehung der Schenkung erfolgt war. Handelt es sich dabei um die schenkweise Zuwendung eines Grundstücks, so würde die Eigentumsübertragung an den Beschenkten unter Beifügung einer auflösenden Bedingung

Digitized by Google

den letzteren nicht überlebt,[76]) durchaus nach den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden behandelt (§ 2301 Abs. 2).

Für eine spezifische Schenkung auf den Todesfall bleibt darnach kein Raum.

IV. 1.[77]) Eine dem Erbvertrag[78]) vorangegangene letztwillige Verfügung[79]) wird durch jenen soweit aufgehoben, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten oder die praktische Wirksamkeit einer vertragsmäßigen Auflage[80]) beeinträchtigen würde (§ 2289 Abs. 1 Satz 1). Hierin liegt eine wesentliche Abweichung von der auf die Widerrufswirkung eines späteren Testaments gegenüber einem früheren Testament sich beziehenden Bestimmung des § 2258 Abs. 1. Denn während nach dieser das frühere Testament durch das spätere nur insoweit aufgehoben wird, als es mit jenem in Widerspruch

---

freilich nicht erfolgen können (§ 925); eine dingliche Sicherung des eventuellen Rückfalls kann hier aber doch durch Vormerkung (§ 883) erreicht werden.

[76]) Im konkreten Falle kann übrigens die Parteienabsicht sehr wohl auch dahin gehen, daß der Rückfall des geschenkten Gegenstandes an den Schenker nur eintreten soll, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt. Bei Gleichzeitigkeit des Todes beider würde dann der Erbe des Beschenkten das Geschenk behalten. Vgl. auch Köppen S. 819.

[77]) Vgl. zum folgenden besonders die sorgfältige und eindringende Darstellung bei Planck-Ritgen z. § 2289.

[78]) Über den hier nicht zu besprechenden Einfluß des auf Gütergemeinschaft gerichteten Ehevertrags auf frühere letztwillige Verfügungen der Ehegatten vgl. Planck-Unzner IV z. § 1483.

[79]) Keine besondere Bestimmung enthält das Gesetz über die Beeinflussung erbvertragsmäßiger Anordnungen durch im Erbvertrag getroffene einseitige Anordnungen desselben Erblassers. Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2299 meint, daß hier beide Gruppen von Verfügungen als gleichwertig anzusehen seien, und daß daher die erbvertragsmäßigen Verfügungen durch die vom Erblasser getroffenen einseitigen Verfügungen durchaus in gleicher Weise beeinflußt werden können, wie wenn jene ebenfalls nur einseitige Anordnungen wären. Dies dürfte aber doch wohl zu weit gehen. Es ist z. B. sehr wohl möglich, daß im Erbvertrag das Maß, in welchem der Erblasser einseitige Verfügungen treffen darf, genau bestimmt ist und daß der Erblasser dann dieses Maß in den von ihm im Erbvertrag wirklich getroffenen und dem anderen Teile nicht offen vorgelegten einseitigen Anordnungen überschreitet. Hier scheint doch § 2289 Abs. 1 Satz 1 zur entsprechenden Anwendung gebracht werden zu müssen.

[80]) Des Falles einer vertragsmäßigen Auflage ist im § 2289 Abs. 1 Satz 1 nicht besonders gedacht. Die Entscheidung des Textes entspricht aber der zweifellosen Absicht des Gesetzes. Vgl. Schiffner S. 138 Anm. 4.

Digitized by Google

steht, wirkt ein späterer Erbvertrag einem früheren Testament gegenüber, selbst wenn er mit diesem nicht in Widerspruch steht, insoweit aufhebend oder doch einschränkend, als der ungeänderte Bestand der früheren letztwilligen Anordnung die dem Inhalt des Erbvertrags entsprechende Stellung des vertragsmäßig Bedachten bzw. die nach Maßgabe dieses Inhalts sich bestimmende Wirksamkeit der vertragsmäßigen Auflage nachteilig beeinflussen würde. Beispiel: Ein Erblasser, der in seinem Testament Nr. 1 den X als Erben eingesetzt und den Y mit einem Vermächtnis von 10000 bedacht hat, errichtet später ein Testament Nr. 2, laut dessen er den Z als Erben einsetzt. Da diese Einsetzung mit der im Testament Nr. 1 enthaltenen Vermächtnisverfügung zu Gunsten des Y nicht in Widerspruch steht, so wird die Wirksamkeit der letzteren nach § 2258 durch das Testament Nr. 2 nicht berührt. Anders muß jedoch entschieden werden, wenn unter sonst gleichen Umständen vorausgesetzt wird, daß die Einsetzung des Z nicht in einem Testament, sondern in einem zwischen ihm und dem Erblasser geschlossenen Erbvertrag erfolgt ist. Denn hier war Z in Ermangelung eines vom Erblasser gemachten Vorbehalts zur Annahme berechtigt, daß er in seiner Eigenschaft als Vertragserbe mit einem Vermächtnis nicht belastet sein werde. Die im Testament Nr. 1 zu Gunsten des Y getroffene Vermächtnisverfügung, deren Aufrechterhaltung das Recht des Vertragserben Z beeinträchtigen würde, ist somit als durch den Erbvertrag aufgehoben zu betrachten.[81]) Dabei kommt wenigstens dem Z gegen-

[81]) Weitere Beispiele: Nachdem der Erblasser letztwillig bestimmt hat, daß es nach seinem Tode unter allen Umständen zu einer Testamentsvollstreckung kommen solle, setzt er in einem später errichteten Erbvertrag, in dem von der Testamentsvollstreckung nichts gesagt ist, den X als Alleinerben ein. Nach § 2289 muß die Anordnung der Testamentsvollstreckung als durch den Erbvertrag aufgehoben angesehen werden, während sie, wenn die Erbeinsetzung des X letztwillig erfolgt wäre, nach § 2258 Abs. 1 als auch für den X maßgebend betrachtet werden müßte. Enthält die frühere letztwillige Verfügung das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes und wird in einem späteren Erbvertrag derselbe Gegenstand einem anderen vertragsmäßig zugewendet, so wird normaler Weise anzunehmen sein, daß das letztwillige Vermächtnis vom Erblasser widerrufen werden wollte. Das Ergebnis ist dann dasselbe wie im Falle des § 2158 Abs. 1. Eine etwas andere Behandlung müßte eintreten, wenn aus der letztwilligen Vermächtnisanordnung zu entnehmen ist, daß dem Bedachten zwar zunächst der vermachte Gegenstand, für den Fall aber, daß er nicht geleistet werden kann, dessen Wert zukommen soll. Bei

Digitized by Google

über[82]) darauf, ob sich der Erblasser dieser weitgehenden Aufhebungswirkung bewußt war oder m. a. W., ob auf seiten des Erblassers hinsichtlich des Vermächtnisses Widerrufsabsicht vorlag, nichts an. Der Eintritt der vorerwähnten Aufhebungswirkung entfällt jedoch insoweit, als hinsichtlich der früheren letztwilligen Verfügung im Erbvertrag besonders bestimmt ist,[83]) daß sie durch diesen unberührt bleiben soll. Selbst soweit die im § 2289 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Aufhebungswirkung durchgreift,[84]) muß sie aber mit Rücksicht auf die hier entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 2258 Abs. 2 dann als nicht eingetreten angesehen werden, wenn der Erbvertrag später rechtsgeschäftlich aufgehoben worden ist.[85]) Wird der Erbvertrag aus anderen Gründen (z. B. Tod des vertragsmäßig Bedachten vor dem Erbfall, Ausschlagung durch den vertragsmäßig Bedachten) nachträglich unwirksam, so bleibt die Aufhebungswirkung insoweit bestehen, als sie dem Aufhebungswillen des Erblassers entspricht;[86]) soweit dagegen die infolge

---

solcher Lage würde das letztwillige Vermächtnis ungeachtet des späteren Vertragsvermächtnisses doch noch immer als Geldvermächtnis aufrecht bleiben können, jedoch mit der Beschränkung, daß der Vermächtnisanspruch des Vertragsvermächtnisnehmers im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Deckung aller Vermächtnisse durch die Konkurrenz des letztwillig Bedachten nicht beeinträchtigt werden darf. Damit ist von selbst die Lösung verwandter Fragen gegeben, also insbesondere des Falles, daß der Erblasser, nachdem er letztwillig an verschiedene Bedachte bestimmte Geldsummen vermacht hat, ein auf eine bestimmte Geldsumme gerichtetes Vertragsvermächtnis verfügt. Hier hebt zwar das letztere Vermächtnis die früheren Vermächtnisse nicht auf; der Vertragsvermächtnisnehmer kann aber auch in diesem Falle durch die Konkurrenz der letztwillig Bedachten nicht beeinträchtigt werden. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2289.

[82]) Vgl. dazu weiter unten S. 384 bei Anm. 87.

[83]) Die bloße Kenntnis des anderen Vertragteils von der letztw. Verfügung würde somit nicht genügen. Denn der Mangel einer besonderen Vertragsbestimmung berechtigt den anderen Teil zur Annahme, daß eine Beeinträchtigung der vertragsmäßigen Anordnung durch die frühere letztwillige Verfügung ausgeschlossen sein soll.

[84]) Dies ist bei Nichtigkeit des Erbvertrags selbstverständlich nicht der Fall und ebensowenig, wenn der anfechtbare Erbvertrag ordnungsmäßig angefochten wird.

[85]) Vgl. §§ 2290 bis 2297.

[86]) Vgl. oben § 42 d. D. Was Wilke S. 257 Z. 2 und Binder S. 66 Anm. 25 zu S. 65 Anm. 6 der 1. Auflage d. B. bemerken, beruht auf Miß-

Digitized by Google

des Erbvertrags der früheren letztwilligen Verfügung des Erblassers gegenüber eintretende Aufhebung bzw. Abschwächung ganz abgesehen von dem Aufhebungswillen des Erblassers lediglich eine Beeinträchtigung der erbvertragsmäßigen Anordnung ausschließen soll,[87]) fällt sie auch schon im Falle nachträglicher Unwirksamkeit des Erbvertrags in sich zusammen.

2. Besonderes gilt in dem Falle, wo dem Erbvertrag ein bisher noch nicht widerrufenes gemeinschaftliches korrespektives Testament vorangegangen ist. Diesem gegenüber kommt dem Erbvertrag die seinem Inhalt und der Vorschrift des § 2289 entsprechende aufhebende Kraft schlechthin nur dann zu, wenn der Erbvertrag von denselben Personen geschlossen wurde, die früher das korrespektive Testament errichtet hatten. Trifft dagegen einer der Ehegatten, welche gemeinschaftlich und korrespektiv testiert hatten, bei Lebzeiten oder nach dem Tode des anderen Ehegatten eine erbvertragsmäßige Verfügung in einem mit einem Dritten abgeschlossenen Erbvertrag, so vermag dieser der früheren korrespektiven Verfügung gegenüber nur insoweit aufhebend zu wirken, als der Erblasser die letztere auch durch Testament hätte aufheben können.[88])

III. Aufhebung des Erbvertrags.

§ 46.

I. Verfügungen von Todeswegen, welche der durch Erbvertrag gebundene Erblasser nachträglich getroffen hat, sind grundsätzlich insoweit unwirksam, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten oder die Wirksamkeit einer vertragsmäßigen Auflage[1]) beeinträchtigen würden (§ 2289 Abs. 1 Satz 2). Sie erweisen sich dagegen als wirksam, wenn und soweit eine solche Beeinträchtigung

---

verständnis. Denn die bezeichnete Anm. bezieht sich auf § 2289 Abs. 1 Satz 2 und nicht auf Satz 1.

[87]) Vgl. hierzu die am Schlusse von Anm. 81 berührten Fälle.

[88]) Vgl. dazu § 43a. Hierbei ist jedoch wohl zu beachten, daß die Anordnungen, zu denen der durch korrespektives Testament gebundene Erblasser nach § 2271 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 berechtigt ist, nur letztwillig (vgl. §§ 2236, 2338), nicht erbvertragsmäßig getroffen werden können. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2c z. § 2289.

[1]) Dieses Falles ist auch hier im Gesetz nicht besonders gedacht. Er muß aber nach der Absicht des Gesetzes als mitgetroffen angesehen werden.

Digitized by Google

infolge nachträglicher Aufhebung der erbvertragsmäßigen Verfügung oder infolge ihrer aus anderen Gründen eintretenden Unwirksamkeit[2]) ausgeschlossen ist. Tritt ein solcher Fall nicht ein, bleibt es also bei der Unwirksamkeit der späteren Verfügung von Todeswegen, so kann sich darauf nicht nur der vertragsmäßig Bedachte bzw. der zur Geltendmachung der vertragsmäßigen Auflage Legitimierte berufen, sondern auch jeder Dritte, für dessen Rechtsstellung der Bestand der erbvertragsmäßigen Verfügung von entscheidender Bedeutung ist.[3]) Im einzelnen ist noch folgendes zu sagen:

1. Hinsichtlich des Widerrufs der in einem Erbvertrag von dem einen oder dem anderen Teile getroffenen letztwilligen Verfügungen gilt grundsätzlich dasselbe, wie wenn sie durch Testament[4]) getroffen worden wären. Dieser Widerruf kann jedoch von dem Urheber der Verfügung auch in einem Vertrag ausgesprochen werden, durch den eine vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird (§ 2299

---

[2]) Man denke z. B. an den Tod des vertragsmäßig Bedachten vor dem Erbfall oder an die Ausschlagung der vertragsmäßigen Zuwendung. Die Beurteilung ist also im Falle des § 2289 Abs. 1 Satz 2 eine wesentlich andere als im Falle des Satzes 1 (vgl. oben § 45 bei Anm. 86). Entscheidend ist, daß die vom Erblasser nach dem Erbvertrag getroffene Verfügung von Todeswegen durch den Willen des Erblassers gedeckt ist und eine Schranke ihrer Wirksamkeit nur darin findet, daß eine erbvertragsmäßige Verfügung vorangegangen ist, deren Wirksamkeit sie nicht zu beeinträchtigen vermag. Fällt diese Schranke weg, so muß der Wille des Erblassers zur Geltung kommen. Unzutreffend Binder S. 66 Anm. 25 a. E. Richtig Planck-Ritgen Erl. 3a z. § 2289 und Kipp bei W. III S. 321, 322.

[3]) Beispiel: Es liegen zwei Verfügungen von Todeswegen vor: ein Erbvertrag, laut dessen X als Alleinerbe eingesetzt, und ein späteres Testament, in dem Y als Alleinerbe ernannt ist. Gegen den im Erbschaftsbesitz sich befindenden gesetzlichen Erben erhebt Y den Erbschaftsanspruch. Der Beklagte kann hier (unter der Voraussetzung der fortdauernden Wirksamkeit des Erbvertrags) einwenden, daß nicht Kläger, sondern der Vertragserbe der wahre Erbe ist, und so die Abweisung des Klägers durchsetzen. Vgl. auch die zutreffende Ausführung von Planck-Ritgen Erl. 3a a. E. zu § 2289.

[4]) Der Widerrufsform des § 2256 kommt hier jedoch keine (vgl. § 44 Anm. 30) und der des § 2255 nur in den seltensten Fällen praktische Bedeutung zu. Sollte jedoch einer Partei, die im Erbvertrag letztwillig verfügt hat, der Zugang zu dem aufgenommenen Protokoll eröffnet worden sein und durchstreicht sie eine von ihr getroffene letztwillige Verfügung in Widerrufsabsicht, so ist nicht einzusehen, warum die Anwendung des § 2255 schlechthin ausgeschlossen sein soll.

Digitized by Google

Abs. 2). Wird aber der Erbvertrag im ganzen[5]) durch Vertrag aufgehoben, so treten die vorerwähnten Verfügungen auch ohne besondere Aufhebungsanordnung außer Kraft, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2299 Abs. 3); dasselbe gilt in Ansehung der einseitigen Verfügungen des Vertragserblassers auch im Falle der Aufhebung des Erbvertrags durch Ausübung des Rücktrittsrechtes,[6]) aber, obschon das Gesetz (§ 2299 Abs. 3) diesen Unterschied nicht hervorhebt, doch wohl nicht hinsichtlich der einseitigen Verfügungen der anderen Teiles.[7])

2. Der Erblasser kann sich in dem Erbvertrage zweifellos die spätere Errichtung gewisser, den Vertragserben beschränkenden oder belastenden testamentarischen Verfügungen vorbehalten, und ein solcher Vorbehalt wird in Fällen, wo der Erbvertrag neben vertragsmäßigen auch einseitige Verfügungen von Todeswegen enthält, insbesondere in der Weise rätlich sein, daß es dem Erblasser frei stehen solle, hinsichtlich des durch einseitige Verfügung Zugewendeten auch fortan

---

[5]) Die vertragsmäßige Aufhebung einer einzelnen vertragsmäßigen Anordnung würde hier grundsätzlich nicht genügen. Freie Beurteilung der einzelnen Fälle ist aber hierdurch nicht ausgeschlossen, und die Auslegung kann daher in concreto sehr wohl auch zu dem Ergebnis führen, daß eine im Erbvertrag enthaltene letztwillige Verfügung schon für den Fall nicht mehr gewollt ist, daß auch nur eine einzelne erbvertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird.

[6]) Hierbei ist nur an das in den §§ 2293 bis 2297 bestimmte Rücktrittsrecht des Vertragserblassers zu denken. Vgl. Protokolle V S. 417, 418 und weiter unten Anm. 36. Erfolgt der Rücktritt des Vertragserblassers nach § 2297 durch Testament, so wird von erheblicher Bedeutung sein, wie die Aufhebungserklärung lautet. Erstreckt sie sich auf den Erbvertrag im ganzen, so werden nach Maßgabe des Textes auch die einseitigen Anordnungen des Vertragserblassers als aufgehoben anzusehen sein (vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3c a. E. z. § 2299), enthält sie jedoch eine Beschränkung auf die vertragsmäßigen Verfügungen, so werden die einseitigen Verfügungen des Erblassers dadurch unberührt bleiben.

[7]) Vgl. Planck-Ritgen Erl. 3c a. E. zu § 2299; daselbst wird mit Recht hervorgehoben, daß es an jedem inneren Grunde fehlt, um an den Rücktritt des Vertragserblassers auch das Kraftloswerden der letztwilligen Verfügungen des anderen Teiles zu knüpfen. Bei der Aufhebung des Erbvertrags durch contrarius consensus rechtfertigt sich die entgegengesetzte Entscheidung durch die rechtsgeschäftliche Mitwirkung des anderen Teiles bei der Aufhebung.

Digitized by Google

nicht bloß durch einen dem Vertragserben zu statten kommenden Widerruf, sondern auch in anderer Weise testamentarisch frei zu verfügen.

3. Hat der Erblasser einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling eine vertragsmäßige Zuwendung gemacht, so kann er[8]) nach Maßgabe des § 2338[9]) durch spätere letztwillige Verfügung[10]) die durch das eigene Interesse des Bedachten gerechtfertigten Maßregeln treffen, welche zum Zwecke der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht zulässig sind (§ 2289 Abs. 2).

4. Eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, kann von dem Erblasser durch Testament aufgehoben werden, dafern der andere Vertragschließende[11]) zustimmt;[12]) die dem Erblasser gegenüber abzugebende[13]) und, sobald

---

[8]) Ein vertragsmäßiger Verzicht auf diese Befugnis wird nach § 138 Abs. 1 als nichtig anzusehen sein. Vgl. auch Protokolle V S. 422, II S. 352.

[9]) Auch Abs. 2 von § 2338 findet Anwendung. Vgl. hierzu unten § 57 d. D.

[10]) Das im Texte Gesagte gilt gleichmäßig sowohl in dem Falle, daß der Bedachte der andere Vertragsteil, als auch in dem, daß ein Dritter bedacht ist. Im letzteren Falle kann jedoch die aufhebende letztwillige Verfügung auch noch nach dem Tode des anderen Vertragsteils getroffen werden. Eine Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil oder gegenüber dem Dritten ist in keinem Falle notwendig und ebensowenig Zustimmung des einen oder des anderen zu der getroffenen letztwilligen Verfügung oder Kenntnisnahme von derselben.

[11]) Die nach Maßgabe des § 2291 erklärte Zustimmung des anderen Vertragschließenden ermöglicht dem Erblasser die testamentarische Aufhebung eines Vertragsvermächtnisses selbst dann, wenn dieses zu Gunsten eines Dritten errichtet ist. Der Zustimmung des letzteren bedarf es nicht. Der Erbe des anderen Vertragsteils kann die in § 2291 erwähnte Zustimmung nicht erteilen. In betreff der Frage, ob dem Erblasser im Falle eines Vertragsvermächtnisses zu Gunsten eines Dritten die Möglichkeit der testamentarischen Aufhebung des Vermächtnisses auch schon dadurch eröffnet wird, daß der Dritte dem Erblasser gegenüber hierzu in der Form des § 2291 seine Zustimmung erklärt, vgl. unten § 59 d. D.

[12]) Bedarf es dieser Zustimmung auch dann, wenn der andere Vertragsteil als Vertragserbe eingesetzt und mit dem Vermächtnis, der Auflage beschwert ist? Die Frage ist unter der Voraussetzung, daß es sich wirklich um ein Vertragsvermächtnis bzw. eine vertragsmäßige Auflage handelt, unbedingt zu bejahen. Die Einwendung, daß die Aufhebnng dem anderen Vertragsteil ja doch nur zum Vorteil gereichen könne, ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil die Bestellung des anderen Teiles zum Vertragserben aus Gründen un-

Digitized by Google

diese Abgabe erfolgt ist (§ 130), dem Widerruf nicht mehr unterliegende Zustimmungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Erteilung der Zustimmung durch einen Vertreter des anderen Vertragsteiles ist nicht ausgeschlossen. Ist der andere Vertragsteil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder geschäftsunfähig, so ist die Vorschrift des § 2290 Abs. 3 [14]) zur Anwendung zu bringen. Die Abgabe der Zustimmung kann der vom Erblasser vorgenommenen testamentarischen Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung nicht nur vorangehen, sondern auch nachfolgen. Vgl. § 2291.

Macht der Erblasser von der ihm durch die Zustimmung des anderen Vertragsteils eröffneten Möglichkeit der testamentarischen Aufhebung keinen Gebrauch, [15]) nimmt er aber dafür hinsichtlich des vermachten Gegenstandes Handlungen der im § 2288 bezeichneten Art vor, so entsteht die Frage, ob für den Vertragsvermächtnisnehmer nach dem Tode des Erblassers die im § 2288 bestimmten Ansprüche begründet sind? Das wird aus dem Grunde zu verneinen sein, weil von einer „Beeinträchtigungsabsicht" des Erblassers im Sinne des § 2288 nicht mehr geredet werden kann, wenn der andere Vertragsteil der testamentarischen Aufhebung des Vermächtnisses wirksam zugestimmt hat. [16])

Was § 2291 in betreff vertragsmäßiger Vermächtnisse und Auflagen bestimmt, gilt nicht auch für vertragsmäßige Erbeinsetzungen. Die testamentarische Aufhebung der letzteren wird also dem Erblasser

---

wirksam werden kann, die den Bestand des Vertragsvermächtnisses, der vertragsmäßigen Auflage nicht berühren.

[13]) Die im Gesetze nicht ausdrücklich hervorgehobene Empfangsbedürftigkeit der Zustimmung ergibt sich aus ihrer im § 2291 bestimmten Unwiderruflichkeit. Bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der Zustimmung braucht der Erblasser übrigens nicht mitzuwirken. Es genügt, daß der Zustimmende die gerichtlich oder notariell beurkundete Zustimmung dem Erblasser zukommen läßt.

[14]) Vgl. darüber unten S. 392.

[15]) Dieser Fall liegt auch dann vor, wenn der Erblasser die von ihm testamentarisch verfügte Aufhebung später widerrufen hat. Die vertragsmäßige Anordnung wirkt dann als solche fort. Dem Erblasser steht aber doch die Möglichkeit offen, die Aufhebung der erbvertragsmäßigen Anordnung auf Grund der fortwirkenden Zustimmung des anderen Teiles neuerdings auszusprechen.

[16]) Ebenso Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2288.

Digitized by Google

durch die vom anderen Vertragsteil in der Form des § 2291 erteilte Zustimmung nicht ermöglicht,[17]) hierzu bedarf es vielmehr eines in der Form des § 2276 zwischen dem Erblasser und dem anderen Vertragsteil geschlossenen Vertrags.[18])

5. Ein zwischen Ehegatten[19]) geschlossener Erbvertrag[20]) kann durch ein gemeinschaftliches Testament[21]) eben dieser Ehegatten aufgehoben

---

[17]) Ein durchschlagender Grund für diese abweichende Behandlung scheint nicht gefunden werden zu können. Vgl. auch Hellwig S. 629 Anm. 207.

[18]) Über die Möglichkeit der Aufhebung eines Erbvertrags durch Testament im Falle der Ausübung des Rücktrittsrechts nach dem Tode des anderen Vertragsteils vgl. § 2297 und dazu unten S. 400.

[19]) Der Wortlaut des § 2292 scheint dafür zu sprechen, daß der durch gemeinschaftliches Testament der Ehegatten aufzuhebende Erbvertrag zu einer Zeit geschlossen sein muß, zu der die Vertragschließenden Ehegatten bereits waren. In diesem Sinne entscheiden in der Tat Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2292 und die dort Genannten. Allein dies ist eine Buchstabeninterpretation, die der Absicht des Gesetzes kaum entspricht. Diese dürfte vielmehr darin zu erblicken sein, daß Personen, die ein gemeinschaftliches Testament errichten können — und daß sind allerdings nur Ehegatten (§ 2265) — einen zwischen ihnen früher errichteten Erbvertrag (mag er auch vor der Eingehung der Ehe geschlossen sein) durch gemeinschaftliches Testament aufheben können. Ein unüberwindliches Hindernis gegen diese der ratio legis allein entsprechende Auslegung bereitet der Wortlaut des § 2292 doch wohl nicht.

[20]) Aus dem Gebrauch des Wortes „Erbvertrag" im § 2292 ergibt sich mit Sicherheit, daß sich die Aufhebung hier auch auf vertragsmäßige Erbeinsetzungen erstrecken kann.

[21]) Errichtung dieses Testaments in der Form des § 2267 genügt. Über den Inhalt des hier in Frage stehenden Testaments ist zu bemerken: Es braucht nicht notwendig Anordnungen positiver Natur zu enthalten, sondern kann sich auch lediglich auf die Aufhebung der früher getroffenen erbvertragsmäßigen Verfügungen beschränken. Beispiel: Der frühere Erbvertrag war ein zweiseitiger. Im gemeinschaftlichen Testament hebt jeder Teil seine erbvertragsmäßigen Verfügungen auf. Zweifel ergeben sich aber dann, wenn der aufzuhebende Erbvertrag ein einseitiger ist, oder wenn im Falle eines vorangegangenen zweiseitigen Erbvertrags von den Ehegatten lediglich die Aufhebung der erbvertragsmäßigen Verfügungen des einen Teiles angestrebt ist. Genügt es dann, wenn das „gemeinschaftliche Testament" nichts weiter enthält als die Aufhebung der von dem einen Teil getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen und die Zustimmung des anderen Teils? Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2292 verneint dies aus dem Grunde, weil der Begriff des gemeinschaftlichen Testaments voraussetze, daß jeder Ehegatte irgend eine Verfügung von Todeswegen treffe, und weil in der bloßen Zustimmung des dem Erblasser gegenüberstehenden Teiles zur Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügungen

Digitized by Google

werden.[22]) Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit desjenigen Teiles, welcher den ihm gegenüber gebundenen Erblasser durch seine Mitwirkung bei der Aufhebung wieder freigibt,[23]) ist hierzu[24]) die Zu-

---

eine testamentarische Anordnung nicht erblickt werden könne. Dieser zu unannehmbaren Ergebnissen führenden Auffassung muß widersprochen werden. Entscheidend dürfte folgendes sein: 1. Im Falle der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ist die Wirksamkeit der Verfügungen des einen Ehegatten nicht schlechthin davon abhängig, daß auch der andere Ehegatte gültige letztwillige Verfügungen trifft (arg. a. cont. aus § 2270 Abs. 1). 2. Wenn die von einem Erblasser in einem mit seinem Gatten geschlossenen Erbvertrag getroffene vertragsmäßige Verfügung durch gemeinschaftliches Testament aufgehoben werden soll, so ist die Mitwirkung des anderen Teiles durch das Wesen der Sache auch dann gerechtfertigt, wenn der letztere sich zu einer von ihm ausgehenden letztwilligen Verfügung nicht veranlaßt findet. 3. Es ist widersinnig, daß die in der Form des gemeinschaftlichen Testaments ausgesprochene Aufhebung der vertragsmäßigen Anordnungen des einen Erblassers zwar wirksam ist, wenn der andere Teil eine perplexe und deshalb nichtige letztwillige Verfügung oder eine Verfügung, die er einige Stunden darauf wieder einseitig aufhebt, trifft, dagegen unwirksam, wenn von seiten des anderen Teiles eine letztwillige Verfügung im technischen Sinne überhaupt nicht vorliegt. Das im Vorhergehenden Gesagte trifft übrigens vollständig auch dann zu, wenn Ehegatten durch gemeinschaftliches Testament ein von ihnen vorher errichtetes gemeinschaftliches Testament aufheben wollen. Oder sollte etwa eine solche Aufhebung deshalb nicht wirksam sein, weil die im früheren gemeinschaftlichen Testament von seiten des einen Gatten getroffene Verfügung nichtig war, und sich dieser Gatte im zweiten gemeinschaftlichen Testament daher auch nicht veranlaßt fand, das von ihm nichtig Verfügte aufzuheben?

[22]) Das im Texte Gesagte gilt selbstverständlich auch für den Fall, daß der Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten geschlossen worden ist. Die Behauptung Endemanns III S. 257 Anm. 6, daß dies in der ersten Auflage dieses Buches S. 66 „bestritten" worden sei, trifft nicht zu.

[23]) Voraussetzung der Mitwirkung des anderen Teiles ist selbstverständlich Testierfähigkeit; doch genügt, wenn dieser Teil positive letztwillige Anordnungen nicht trifft, auch schon die sog. negative Testierfähigkeit im Sinne des § 2253 Abs. 2. Planck-Ritgen Erl. 3c zu § 2292 will aus § 2229 Abs. 2,3 den Schluß ziehen, daß der dem Erblasser gegenüberstehende Teil zur Aufhebung nach § 2292 nur dann befähigt ist, wenn die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit auf Minderjährigkeit beruht. Dem kann nicht beigestimmt werden. Denn soweit der andere Teil selbst Erblasser ist, kann er ungeachtet der Entmündigung wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht seine vertragsmäßigen Verfügungen von Todeswegen im gemeinschaftlichen Testament doch jedenfalls nach § 2253 in Verbindung mit § 2292 unter Zustimmung des ihm gegenüberstehenden Gatten widerrufen. Hinsichtlich der Freigebung des

Digitized by Google

stimmung des gesetzlichen Vertreters, dafern er aber unter Vormundschaft steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 2292). Ist dieser Teil nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so genügt nach § 108 Abs. 3 offenbar auch hier dessen formlose Genehmigung,[25]) die dann sowohl für die Aufhebung des Erbvertrags als auch, soweit die Aufhebungswirkung in Betracht kommt, für die Geltung des gemeinschaftlichen Testaments entscheidend ist.

II. Ein Erbvertrag im ganzen, sowie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung, mag sie auch zu Gunsten eines Dritten getroffen sein, kann nach § 2290 Abs. 1 durch neuen Vertrag (contrarius consensus)[26]) von denjenigen Personen aufgehoben werden,[27]) welche den Erbvertrag geschlossen haben. Von solcher vertragsmäßiger

---

anderen Gatten kommt aber nicht § 2229, sondern der im § 2292 berufene Abs. 3 von § 2290 in Betracht.

[24]) Für die Erteilung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kommt dabei der Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments nur insofern in Betracht, als er für die Frage der Aufhebung des Erbvertrags von Belang ist.

[25]) Anders Hellwig S. 632 Anm. 305, der die im Texte hervorgehobene Konsequenz des § 108 abzuweisen sucht. Vgl. dazu das oben § 44 Anm. 11 Gesagte. Zweifelnd Planck-Ritgen Erl. 2c z. § 2292. Gegen dessen Bedenken ist aber zu bemerken, daß es sich dabei nicht um eine Genehmigung des Testaments als solchen, sondern nur um die Genehmigung der im gemeinschaftlichen Testament direkt oder indirekt ausgesprochenen Freigebung des dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gatten gegenüberstehenden Teiles handelt. Eine ganz andere Frage ist freilich, ob das BGB. in der weitgehenden Zulassung der formlosen Genehmigung von zunächst der Wirksamkeit entbehrenden Rechtsakten nicht zu weit geht.

[26]) Einverständliche Zurücknahme des Erbvertrags aus der besonderen Verwahrung genügt nicht. Vgl. oben § 44 Anm. 30 (S. 359).

[27]) Wenn Hellwig S. 630 diesem Aufhebungsvertrag, obschon das Gesetz selbst ihn als Vertrag nicht nur bezeichnet, sondern auch behandelt, den Vertragscharakter abspricht und darin nur den unter Zustimmung des anderen Vertragsteils erfolgenden Widerruf der vertragsmäßigen Verfügung durch den Erblasser erblicken will, so verkennt er die wesentliche Verschiedenheit zwischen der Aufhebung erbvertragsmäßiger Verfügungen in den Fällen der §§ 2291 und 2292 einerseits und der Aufhebung nach § 2290 andererseits. Indem er den Aufhebungsvorgang hier und dort in gleicher Weise konstruiert, verstößt er gegen den Grundsatz, daß jede brauchbare Konstruktion sich mit dem positiven Stoffe decken muß.

Digitized by Google

Aufhebung kann also nicht mehr die Rede sein, wenn diejenige Partei, welcher gegenüber der Erblasser sich gebunden hatte, bereits gestorben ist.

Der Aufhebungsvertrag bedarf derselben Form[28]) wie der Erbvertrag selbst (§ 2290 Abs. 4, § 2276). Während der Erblasser den Vertrag nur persönlich schließen kann, ist bezüglich der anderen Partei Vertretung zulässig. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt,[29]) so bedarf er der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht. Fehlt der anderen Partei die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit,[30]) so ist zur Wirksamkeit des von ihr selbst oder statt ihrer von ihrem gesetzlichen Vertreter geschlossenen Vertrags regelmäßig die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.[31]) Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters dieser Partei bzw. der Abschluß durch den gesetzlichen Vertreter derselben genügt nur, wenn sie unter elterlicher Gewalt steht, und der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird. Vgl. § 2290 Abs. 2, 3.[32])

---

[28]) Zur vertragsmäßigen Aufhebung eines zwischen Ehegatten oder Verlobten bestehenden Erbvertrags, mag er auch in der Form des § 2276 Abs. 1 geschlossen worden sein, genügt, wenn sie mit einem Ehevertrag in einer Urkunde verbunden wird, die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form.

[29]) Ganz anderes bestimmt für den Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Erblassers, welcher einen Erbvertrag schließen will, § 2275 (vgl. oben § 44 II). Die verschiedene Behandlung beider Fälle ist zweifellos im Wesen der Sache begründet.

[30]) Hierdurch ist auch der Fall mitgetroffen, daß die andere Partei geschäftsunfähig ist; sie muß dann selbstverständlich vertreten sein.

[31]) Dies gilt nach § 1915 auch im Falle einer Pflegschaft, wenn der Pflegebefohlene in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, außerdem aber noch dann, wenn der Pfleger statt des in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkten Pflegebefohlenen (und ohne von diesem besonders bevollmächtigt zu sein) beim Aufhebungsvertrag mitwirkt. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2290.

[32]) Keine Bestimmungen enthält das Gesetz 1. über die Anfechtung des Aufhebungsvertrags, 2. über die vertragsmäßige Wiederaufhebung des Aufhebungsvertrags. Zu 1: Das Anfechtungsrecht des anderen Vertragsteils bestimmt sich offenbar nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 119 ff. Auf den Erben des anderen Vertragteils geht dieses Anfechtungsrecht jedenfalls nicht über. Überlebt der andere Vertragsteil den Erblasser und ist sein Anfechtungsrecht noch nicht erloschen, so wird die Anfechtung in dem Falle, daß durch den Aufhebungsvertrag eine vertragsmäßige Erbeinsetzung oder eine vertragsmäßige Auflage aufgehoben worden ist (vgl. § 2081), gegenüber dem Nachlaßgericht zu erklären sein, im Falle der Anfechtung eines auf Auf-

Digitized by Google

Der nach § 2290 geschlossene Vertrag hebt die vertragsmäßige Verfügung, auf welche er sich bezieht, auf und entkleidet sie damit jeder rechtlichen Wirkung. Ein durch Erbvertrag gebundener Erblasser kann aber immerhin auch nur die Absicht haben, infolge eines mit dem anderem Vertragsteil geschlossenen neuen Vertrags nur der

---

hebung eines Vertragsvermächtnisses gerichteten Vertrags dagegen demjenigen gegenüber, welcher im Falle des Rechtsbestandes des Aufhebungsvertrags von der Vermächtnislast befreit sein würde (§ 143). Die Anfechtung des Aufhebungsvertrags durch den Erblasser selbst spielt deshalb keine erhebliche Rolle, weil der Erblasser, sobald er von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat, in der Lage ist, das von ihm gewünschte Ergebnis durch Errichtung einer einseitigen Verfügung von Todeswegen zu erreichen (vgl. auch Protokolle V S. 408 unten). Trotzdem ist volle Klarheit über die Beschaffenheit des dem Erblasser zukommenden Anfechtungsrechtes deshalb von Wichtigkeit, weil von dieser Beschaffenheit die Entscheidung der Frage abhängig ist, ob und inwieweit der anfechtbare Aufhebungsvertrag nach dem Tode des Erblassers von Nachlaßbeteiligten angefochten werden kann. Berücksichtigt man dies, so ist zu befriedigender Lösung nur zu gelangen, wenn man das Anfechtungsrecht des Erblassers nach § 2281 und dementsprechend wieder das Anfechtungsrecht von Nachlaßbeteiligten nach § 2285 beurteilt. Anders freilich die Protokolle V S. 408 und Planck-Ritgen Erl. 4a z. § 2290. Nach den berufenen Ausführungen sollen für das Anfechtungsrecht des Erblassers lediglich die Vorschriften der §§ 119 ff. maßgebend sein. Allein bei dieser Behandlung müßten sich unlösbare Verwickelungen in dem Falle ergeben, daß der Erblasser gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. Wer sollte dann anfechtungsberechtigt sein? Abgesehen hiervon ergibt sich aus den §§ 119 ff. keine Anfechtung wegen eines Irrtums im Beweggrunde. Gerade diese aber kann in den hier in Frage stehenden Fällen eine große Rolle spielen. Beispiel: Der Erblasser hat in dem mit dem X abgeschlossenen Erbvertrag den Y als Vertragserben eingesetzt. Später sieht er sich mit Rücksicht auf bei ihm über den Y eingelaufene Nachrichten zur Wiederaufhebung des Erbvertrags nach Maßgabe des § 2290 veranlaßt und stirbt, ohne von der Unrichtigkeit der vorerwähnten, für ihn nachweisbar allein bestimmend gewesenen Nachrichten Kenntnis erlangt zu haben. Muß hier nicht dem Y ein Anfechtungsrecht nach § 2285 zugeschrieben werden? Bejaht man dies aber, so muß man sich in der ganzen Frage auf den im Vorhergehenden bezeichneten Standpunkt stellen. Das Gesetz steht dieser Auffassung nicht entgegen. 2. Ein Vertrag, durch den ein im Sinne des § 2290 geschlossener Aufhebungsvertrag wieder aufgehoben wird, ist rücksichtlich der an die Parteien zu stellenden Anforderungen offenbar nach § 2275 und nicht nach § 2290 Abs. 2, 3 zu beurteilen. Der rechtliche Erfolg der Wiederaufhebung der Aufhebung besteht aber in der Wiederherstellung des Erbvertrags (vgl. §§ 2257, 2279 Abs. 1). Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 4b z. § 2290.

Digitized by Google

Möglichkeit teilhaftig zu werden, schlechthin oder innerhalb gewisser Begrenzung, den anderen Vertragsteil beeinträchtigende Verfügungen von Todeswegen wirksam treffen zu können.[33]) Obschon das Gesetz eines Vertrags solchen Inhalts keine besondere Erwähnung macht, so ist er doch zweifellos zulässig. Den im § 2290 an den Aufhebungsvertrag gestellten Anforderungen wird aber auch hier entsprochen werden müssen.[34])

Eigentümlich gestaltet sich nach dem BGB. das Verhältnis des im § 2290 geregelten Aufhebungsvertrags zum Erbverzicht. Zum Zwecke der Feststellung desselben muß unterschieden werden, je nachdem die in einem zwischen A als Erblasser und B geschlossenen Erbvertrag enthaltene vertragsmäßige Zuwendung zu Gunsten des B oder zu Gunsten eines Dritten C getroffen ist.

Im ersten Falle kann die vertragsmäßige Aufhebung der Zuwendung nur durch Aufhebungsvertrag nach § 2290, nicht durch Erbverzicht erfolgen. Im zweiten Falle spielt dagegen außer dem Aufhebungsvertrag auch der Erbverzicht (vgl. § 2352) eine Rolle. Jener kann nach § 2290 nur geschlossen werden zwischen A und B und bedarf zu seiner Wirksamkeit nicht der Zustimmung des C; dieser stellt sich als ein der Zustimmung des B nicht bedürftiger Vertrag zwischen A und C dar. Dem praktischen Effekte nach wird übrigens die vertragsmäßige Verfügung durch den zwischen A und C vereinbarten Erbverzicht ebenso gut aufgehoben wie durch den zwischen A und B geschlossenen Aufhebungsvertrag. Trotzdem besteht zwischen beiden Vorgängen auffallende Verschiedenheit nicht nur hinsichtlich der Bezeichnung, sondern auch hinsichtlich der Voraussetzungen der Wirksamkeit und zwar nach doppelter Richtung:

a) Während bei dem zwischen A und B abgeschlossenen Aufhebungsvertrag, obschon es sich dabei nicht um eine Bindung des

---

[33]) Praktisch wichtig wird ein solcher Vertrag besonders in denjenigen Fällen, in welchen dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser die Möglichkeit einer wirksamen testamentarischen Verfügung nicht schon durch die nach § 2291 erfolgende Zustimmung des anderen Teiles eröffnet wird. Man denke, abgesehen von dem schon oben bei Anm. 17 berührten Falle etwa noch an die nach dem Abschluß des Erbvertrags getroffene Vereinbarung, daß der Erblasser befugt sein solle, den Vertragserben mit Vermächtnissen von zusammen nicht über 10000 Mk. zu belasten oder demselben einen Nacherben zu ernennen.

[34]) Vgl. auch Hellwig S. 632, 633.

Digitized by Google

Erblassers, sondern um die Wiederherstellung derselben Lage handelt, in der sich der Erblasser vor dem Erbvertrag befand, in betreff der Form den strengen Anforderungen des § 2290 (bzw. § 2276) entsprochen sein muß, genügt zum Abschluß des zwischen A und C zu vereinbarenden Erbverzichts die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrags (§§ 2348, 152).

b) Das Zustandekommen des Aufhebungsvertrags zwischen A und B ist nach § 2290 ausgeschlossen, wenn der Erblasser A nach Abschluß des Erbvertrags geschäftsunfähig geworden ist. Hatten A und B jedoch einen Erbvertrag zu Gunsten des C geschlossen, so kann dieser nach § 2352 in Verbindung mit § 2347 trotz der später eingetretenen Geschäftsunfähigkeit des Erblassers A durch einen mit dem gesetzlichen Vertreter desselben und unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgeschlossenen Vertrag auf sein Erbrecht verzichten.[35])

---

[35]) Man mag darüber streiten, welche der beiden Behandlungsweisen die angemessenere ist. Keinesfalls läßt sich die im Gesetz beliebte grundsätzlich verschiedene Behandlung beider Fälle rechtfertigen. Vgl. aber doch auch Hellmann S. 226 und Küntzel S. 611. Die besseren sachlichen Gründe scheinen für den im § 2347 Abs. 2 angenommenen Standpunkt zu sprechen, und dieser hätte daher auch im § 2290 durchgeführt werden sollen. Denn es ist nicht einzusehen, warum durch einen zwischen dem Vertragserben B und dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Erblassers A mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossenen Vertrag nicht soll bewirkt werden können, daß es anstatt zur vertragsmäßigen zur gesetzlichen Erbfolge komme. Konstruktive Bedenken hiergegen hegt allerdings Hellwig S. 631 ff., vgl. insbesondere die Anm. 302, 306, 307. Nur bei einer ganz bestimmten Gruppe von Fällen läßt es sich vom gesetzgeberischen Standpunkte aus rechtfertigen, wenn der auf Wiederaufhebung eines Erbvertrags gerichtete Vertrag hinsichtlich des hier berührten Punktes anders beurteilt wird als der Erbverzicht. Es sind dies die Fälle der Wiederaufhebung eines Erbvertrags zu Gunsten eines Dritten. Hier kann man nämlich allerdings sagen, daß die im Erbvertrag enthaltene Zuwendung an den Dritten diesem nicht ohne seine Zustimmung durch einen Wiederaufhebungsvertrag entzogen werden soll, den der Erblasser nicht persönlich abgeschlossen hat. Ist aber der Dritte bereit, dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Erblassers gegenüber auf sein vertragsmäßiges Erbrecht zu verzichten, so ist ihm hierzu durch § 2347 ohnedies die Möglichkeit eröffnet. Dem entsprechend sollte aber auch der im Erbvertrag bedachten Vertragspartei selbst die Möglichkeit gegeben sein, mit dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähig gewordenen Erblassers einen auf Aufhebung des Erbvertrags gerichteten Vertrag abzuschließen.

Digitized by Google

III. Das Gesetz kennt auch den Rücktritt des Erblassers[36]) von einer vertragsmäßigen Verfügung auf den Todesfall. Solcher Rücktritt ist möglich:[37])

1. Wenn und soweit der Erblasser sich den Rücktritt im Erbvertrag[38]) vorbehalten hat (§ 2293). Das Recht des Rücktritts kann schlechthin oder wohl auch nur für den Eintritt eines bestimmten Falles, es kann ferner hinsichtlich des Erbvertrags im ganzen oder nur hinsichtlich einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung ausbedungen sein. Im einzelnen Falle kann übrigens die Auslegung ergeben, daß die in Frage stehende Verfügung, von welcher der Erblasser jederzeit soll zurücktreten können, überhaupt nur als letztwillige gewollt ist, oder daß eine zunächst zwar als vertragsmäßige gewollte Verfügung beim Eintritt eines bestimmten Umstandes überhaupt nicht mehr oder doch nur mehr als letztwillige gelten soll. In Fällen solcher Art kommt eine Rücktrittserklärung des Erblassers im Sinne des § 2296 nicht in Betracht, sondern es greifen die Vorschriften über die Aufhebung letztwilliger Anordnungen bzw. die für die Beurteilung einer auflösenden Bedingung maßgebenden Grundsätze ein. Verschieden vom Rücktrittsrecht im Sinne des § 2293 ist auch

---

[36]) Unerwähnt läßt das Gesetz die Möglichkeit eines Rücktrittsrechtes desjenigen Teiles, welcher dem Erblasser lediglich als annehmend gegenübersteht. Mit Recht. Denn von Rechtswegen kann ein solches Rücktrittsrecht nicht eintreten, und der freilich nicht undenkbare Vorbehalt eines solchen Rücktrittsrechtes ist ohne praktische Erheblichkeit. Wird der Erbvertrag in Verbindung mit einem anderen Vertrag (man denke etwa an den Fall der Erbverpfründung) geschlossen, so kann es allerdings vorkommen, daß sich der andere Teil die Möglichkeit vorbehalten hat, sich durch Rücktrittserklärung von der ihm obliegenden Verpflichtung zu befreien. Welchen Einfluß die Rücktrittserklärung auf die vertragsmäßigen Verfügungen des Erblassers hat, ist hier je nach Maßgabe der Umstände des konkreten Falles zu beurteilen. Einen besonderen Fall dieser Art entscheidet § 2295.

[37]) Die Frage der Berechtigung des Rücktrittsberechtigten zum Rücktritt kann, dafern die Voraussetzungen des § 256 ZPO. vorliegen, schon vor dem Erbfall Gegenstand eines Feststellungsstreites sein. Vgl. auch Planck-Ritgen Vorbem. 2 z. §§ 2293 ff.

[38]) Das Rücktrittsrecht kann dem Erblasser übrigens auch in einem Nachtragsvertrag zum Erbvertrag eingeräumt sein (vgl. Schiffner S. 185 Anm. 9). Enthält ein solcher Nachtragsvertrag nichts weiter als die Einräumung eines Rücktrittsrechtes für den Erblasser, so wird er nicht nach § 2275, sondern nach § 2290 Abs. 2, 3 zu beurteilen sein.

Digitized by Google

der Fall, daß sich der Erblasser im Erbvertrag die Errichtung letztwilliger Verfügungen vorbehält, durch die der vertragsmäßig Bedachte beschränkt oder beschwert wird.

2. Wenn sich der Bedachte[39]) einer Verfehlung schuldig gemacht hat,[40]) die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder ihn, falls der Bedachte ein Pflichtteilsberechtigter nicht ist, zur Entziehung des Pflichtteils doch berechtigen würde, wenn jener ein Abkömmling des Erblassers wäre (§ 2294).[40a]) Die materiellen Voraussetzungen des Rücktrittsrechtes[40b]) bestimmen sich somit nach pflichtteilsrechtlichen Grundsätzen. Als Gründe des Rücktritts kommen in Betracht: die des § 2333, wenn der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers ist, die des § 2334, wenn dessen pflichtteilsberechtigter Vater bzw. dessen pflichteilsberechtigte Mutter, und die des § 2335, wenn der pflichtteilsberechtigte Ehegatte bedacht ist. Ist der Bedachte kein Pflichtteilsberechtigter, so bestimmen sich die Rücktrittsgründe nach § 2333.[41]) Der Rücktrittsgrund muß

---

[39]) Verfehlungen des anderen Vertragsteiles als solchen kommen nicht in Betracht.

[40]) Eine Verfehlung des Bedachten, die in die Zeit vor dem Abschluß des Erbvertrags fällt, kann als Rücktrittsgrund nur in Betracht kommen, wenn sie dem Erblasser beim Vertragsabschluß unbekannt gewesen ist. Anders Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2294, der den Erblasser in solchen Fällen lediglich auf die Anfechtung nach § 2281 in Verbindung mit § 2078 Abs. 2 verweisen will. Allein obschon nicht zu bezweifeln ist, daß die Voraussetzungen der Anfechtung vorliegen können, so dürfte es doch richtiger sein, dem Erblasser auch das zeitlich nicht begrenzte Rücktrittsrecht zuzugestehen. Die von Planck-Ritgen vertretene Auffassung führt zu formalistischen Ergebnissen, deren Bedenklichkeit besonders dann zu Tage tritt, wenn sich der Erblasser über den Zeitpunkt der ihm nach dem Abschluß des Erbvertrags bekannt gewordenen Verfehlung des Bedachten im Ungewissen oder geradezu im Irrtum befand.

[40a]) Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Ausübung des im § 2294 bestimmten Rücktrittsrechtes müßte in Ansehung künftiger Verfehlungen als nichtig behandelt werden (§ 138).

[40b]) Unter denselben Voraussetzungen ist im Falle eines gemeinschaftlichen Testaments der überlebende Ehegatte nach § 2271 Abs. 2 Satz 2 berechtigt, die von ihm zu Gunsten eines Dritten getroffene korrespektive Verfügung durch Testament aufzuheben. Vgl. oben § 43a bei Anm. 37.

[41]) Nr. 4 von § 2333 kann übrigens nur zur Anwendung kommen, wenn dem Bedachten, obschon er dem Erblasser gegenüber nicht pflichtteilsberechtigt ist, doch diesem gegenüber eine auf Verwandtschaft beruhende gesetzliche Unterhaltspflicht oblag.

Digitized by Google

zur Zeit des Rücktritts bestehen und von demjenigen bewiesen werden, welcher sich auf den Rücktritt stützt. Die Wirksamkeit des Rücktritts ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser die Verfehlung des Bedachten verziehen hat, und der bereits erklärte Rücktritt wird durch nachträgliche Verzeihung und im Falle des § 2333 Nr. 5 auch durch dauernde Abwendung des Bedachten von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel hinterher[42]) unwirksam (vgl. §§ 2336, 2337).

3. Wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen, insbesondere den Unterhalt zu gewähren, getroffen ist,[43]) und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wurde (§ 2295). Worauf die Aufhebung beruht, ist gleichgültig. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß aber wirkliche Aufhebung der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung vorliegen. Es dürfte sich aber ausdehnende Auslegung auf verwandte Fälle rechtfertigen lassen (vgl. dazu unten § 47 Anm. 1).

Soweit darnach ein Rücktritt vom Erbvertrag überhaupt zulässig ist,[44]) kann er nur durch den Erblasser persönlich, nicht durch einen Vertreter erfolgen.[45]) Ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter

---

[42]) Teilweise anders Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2294; nach dessen Auffassung soll § 2337 Satz 2 beim Rücktritt nach § 2294 überhaupt nicht zur Anwendung gebracht werden, auch nicht, wenn der Rücktritt durch Testament erklärt werden will (vgl. dagegen unten Anm. 47), die Bestimmung des § 2336 Abs. 4 dagegen nur bei dem durch Testament erfolgten Rücktritt (vgl. § 2297 Satz 2), nicht auch, wenn der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil erfolgt. Gegen die letztere Entscheidung dürfte als durchschlagend in Betracht kommen, daß die materiellen Voraussetzungen, unter welchen der Rücktritt wirksam ist, doch nicht von der Form abhängig sein können, in welcher der Rücktritt erfolgt.

[43]) Man denke an einen Leibrentenvertrag und insbesondere an die in § 47 Anm. 1 näher besprochene Erbverpfründung.

[44]) Das nach Maßgabe des im Texte Gesagten begründete Rücktrittsrecht unterliegt keiner gesetzlichen Befristung. Von Verjährung kann, da dem Rücktrittsrecht der Anspruchscharakter fehlt, selbstverständlich nicht die Rede sein. Hatte der Erblasser mit Rücksicht auf die von ihm getroffene vertragsmäßige Verfügung von dem anderen Vertragsteile eine Vergütung erhalten, so wird für diesen nach dem erfolgten Rücktritt des Erblassers unter Umständen ein Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung begründet sein.

[45]) Erfolgt der Rücktritt nach § 2296, oder im Falle des § 2297 durch bloße Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung, so genügt auch die beschränkte Testierfähigkeit des § 2253 Abs. 2.

Digitized by Google

Erblasser bedarf der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht. Der Rücktritt erfolgt bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden durch eine diesem gegenüber[46]) abzugebende gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung.[46a]) Die zu Gunsten eines Dritten getroffene

---

[46]) Hellwig S. 643, 644 meint, daß die Abgabe einer gerichtlich oder notariell beurkundeten Rücktrittserklärung im Falle eines auf ein Vertragsvermächtnis oder eine vertragsmäßige Auflage sich beziehenden Rücktrittsvorbehalts entbehrlich sei; denn hier greife wegen der vom anderen Vertragsteil schon im Erbvertrag erteilten Zustimmung § 2291 ein, und könne der Erblasser daher die vertragsmäßige Verfügung ohne weiteres durch Testament aufheben. Man wird sich dieser Auffassung nicht anschließen können. Im Sinne des Gesetzes ist vielmehr folgendermaßen zu entscheiden: 1. Hat sich der Erblasser den Rücktritt von einer vertragsmäßigen Verfügung vorbehalten, so kommt hinsichtlich des bei Lebzeiten des anderen Teiles zu erklärenden Rücktritts lediglich Abs. 2 von § 2296 zur Anwendung. 2. Mit einem Vorgang ganz anderer Art hat man es dagegen zu tun, wenn der andere Vertragsteil im Sinne des § 2291 seine Zustimmung zur testamentarischen Aufhebung eines Vertragsvermächtnisses oder einer vertragsmäßigen Auflage erteilt. Wenn Hellwig aber behauptet, diese Zustimmung könne auch schon im Erbvertrag erklärt werden und sei in der Vereinbarung, daß der Erblasser zum Rücktritt berechtigt sein soll, notwendig enthalten, so übersieht er, daß der Erblasser durch eine nach § 2291 erteilte Zustimmung des anderen Teiles eine viel freiere Stellung erhält, als sie ihm durch den bloßen Vorbehalt des Rücktritts gewährt werden soll, und daß daher auch in der Einwilligung des anderen Teiles zur Aufnahme des Rücktrittsvorbehalts in den Erbvertrag nicht auch schon die Zustimmung zur einfachen testamentarischen Aufhebung der Verfügung durch den Erblasser erblickt werden kann. Sollte übrigens in einem Erbvertrag hinsichtlich eines darin verfügten Vermächtnisses oder hinsichtlich einer angeordneten Auflage bestimmt sein, daß dem Erblasser die testamentarische Aufhebung jederzeit frei stehen solle, so wäre damit zugleich ausgesprochen, daß diese Verfügung vertragsmäßigen Charakter schon von vornherein nicht haben solle.

[46a]) Muß die Rücktrittserklärung im Falle des § 2294 unter Angabe des Grundes des Rücktritts erfolgen? Bejaht man die Frage, so ist damit zugleich ausgesprochen, daß auf unseren Fall die Abs. 2 bis 4 des § 2336 zur entsprechenden Anwendung zu bringen sind. Das Gesetz (denn Satz 2 von § 2297 bezieht sich auf die Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung durch Testament) gibt keine Entscheidung. Hellmann S. 226 hält das Schweigen des Gesetzes für beredt und deshalb die Verneinung der Frage für geboten. Derselben Ansicht auch Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2294. Allein es fehlt wie bezüglich der anderen im § 2336 Abs. 2 bis 4 entschiedenen Punkte auch hier an jedem sachlichen Grunde für eine wesentlich verschiedene Behandlung des nach Maßgabe von § 2296 erklärten Rücktritts gegenüber dem Falle des

Digitized by Google

vertragsmäßige Verfügung kann der zum Rücktritt berechtigte Erblasser nach dem Tode des anderen Vertragschließenden durch Testament[47]) aufheben.[48]) Vgl. §§ 2296, 2297.[48a]) Es ist selbstverständlich

---

Rücktritts durch Testament, für den die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Abs. 2 bis 4 des § 2336 im § 2297 ausdrücklich angeordnet ist. Wie hier auch Boehm, S. 143. Vgl. übrigens auch Anm. 47.

[47]) Hinsichtlich des Falles, daß die testamentarische Aufhebung auf Grund des § 2294 erfolgt, ist im § 2297 Satz 2 die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 2336 Abs. 2 bis 4 ausdrücklich angeordnet (vgl. auch vorige Anm.). A. a. O. nicht berufen ist § 2337. Trotzdem muß auch diese Vorschrift zur entsprechenden Anwendung gebracht werden. Denn nach § 2294 sind die materiellen Voraussetzungen des daselbst bestimmten Rücktrittsrechtes den Vorschriften über die Entziehung des Pflichtteils zu entnehmen; zu diesen Vorschriften gehören aber auch die des § 2337. Die teilweise abweichende Ansicht von Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2297 (vgl. auch Erl. 3 zu § 2294, — nach der die Anwendung von Satz 2 des § 2337 hier ausgeschlossen sein soll, — scheint der allgemeinen Bedeutung des § 2337 nicht gerecht zu werden. Was dieser bestimmt, hat den Charakter eines in einen besonderen Paragraphen gebrachten Zusatzes, der als solcher zu jedem einzelnen der von den Gründen der Entziehung des Pflichtteils handelnden §§ 2333 bis 2335 hinzuzudenken ist. In betreff des Satzes 1 von § 2337 wird dies von Planck-Ritgen selbst (vgl. Erl. 2 a. E. zu 2294) anerkannt. Für Satz 2 des § 2337 gilt aber ganz dasselbe; denn er zieht nach der Auffassung des Gesetzes nur eine notwendige Konsequenz des Satzes 1. Vgl. auch Motive V S. 444, wo ausgesprochen wird, daß sich die Zulässigkeit der Pflichtteilsentziehung nach dem Zeitpunkte des Erbfalls bestimmt.

[48]) Die nach § 2297 ausgesprochene Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung ist zweifellos in der Weise widerruflich, daß infolge des Widerrufs die widerrufene Verfügung (u. zw. als vertragsmäßige) wiederhergestellt wird (vgl. § 2257). Darf hieraus geschlossen werden, daß auch der nach § 2296 erfolgte Rücktritt durch Widerruf ungeschehen gemacht werden kann? Es dürfte zu unterscheiden sein: Ein Widerruf des nach § 2296 erklärten Rücktritts unter Beobachtung derselben Form ist im Gesetz nicht vorgesehen. Als ausgeschlossen muß auch angesehen werden eine Wiederherstellung der erbvertragsmäßigen Verfügung durch testamentarischen Widerruf des nach § 2296 erfolgten Rücktritts. Für diese Entscheidung spricht insbesondere auch der Umstand, daß der durch Abgabe einer gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil erklärte Rücktritt in den Entwürfen I und II ausdrücklich für unwiderruflich erklärt war und daß diese Vorschrift bei der Schlußrevision nur mit Rücksicht auf ihre Selbstverständlichkeit gestrichen worden ist (vgl. Protokolle VI S. 153). Trotzdem bleibt noch folgendes zu erwägen: 1. Sollte es nicht möglich sein, daß der Erblasser die vertragsmäßige Verfügung, hinsichtlich deren er nach § 2296 seinen Rücktritt erklärt hat, durch testamentarischen Widerruf des Rücktritts als testamentarische

Digitized by Google

möglich, daß der Rücktrittsberechtigte von seinem Rücktrittsrecht nicht vollen, sondern nur teilweisen Gebrauch macht, und zwar insbesondere auch in der Art, daß er die von ihm getroffene Verfügung nur als vertragsmäßige aufhebt, als letztwillige dagegen aufrecht erhält. Ein solcher Vorbehalt wird nicht nur dem testamentarisch, sondern auch dem nach § 2296 erklärten Rücktritt wirksam beigefügt werden können. Nimmt der Rücktrittsberechtigte, ohne von seinem Rücktrittsrecht den durch die berufenen Vorschriften vorgezeichneten Gebrauch zu machen, lediglich Beeinträchtigungshandlungen der in den §§ 2287, 2288 bezeichneten Art vor, so werden sich daran doch die daselbst bestimmten Rechtsfolgen in aller Regel deshalb nicht knüpfen,[49]) weil eine Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers nicht wird angenommen werden können.[50])

---

aufrecht erhält? Die Entscheidung ist nicht unzweifelhaft. Die stärkeren Gründe dürften aber doch für die Bejahung sprechen. 2. Der nach § 2296 erklärte Rücktritt wirkt praktisch so wie ein Aufhebungsvertrag nach § 2290. Wenn man sich nun dafür entscheidet, daß die durch Vertrag bewirkte Aufhebung des Aufhebungsvertrags den Erbvertrag wiederherstellt (vgl. oben Anm. 32), so dürfte sich die Meinung vertreten lassen, daß auch der nach § 2296 erklärte Rücktritt durch auf Aufhebung des Rücktritts gerichteten Vertrag des Erblassers mit dem anderen Vertragsteil mit der Wirkung ungeschehen gemacht werden kann, daß der Erbvertrag wiederhergestellt wird.

[48a]) Die im Texte erwähnten Vorschriften sind in doppelter Beziehung nicht unbedenklich: 1. Handelt es sich um den Rücktritt bei Lebzeiten des anderen Vertragsteils, so können sich daraus, daß die Rücktrittserklärung dem letzteren gegenüber abgegeben werden muß, und daß demgemäß die §§ 130 bis 132 zur Anwendung zu bringen sind, Schwierigkeiten ergeben, die demjenigen nicht aufgebürdet werden sollten, der eine Verfügung von Todeswegen zurücknehmen will. 2. Beabsichtigt der Erblasser von der im Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten getroffenen Verfügung unter Verhältnissen zurückzutreten, die es als zweifelhaft erscheinen lassen, ob der andere Vertragsteil noch lebt oder schon gestorben ist, so wird er, um sicher zu gehen, den Rücktritt sowohl nach § 2296 Abs. 2 in Verbindung mit § 132 als auch durch testamentarische Aufhebung nach § 2297 zu erklären haben.

[49]) Die Darstellung bei Planck-Ritgen ist nicht frei von Widerspruch; vgl. a. a. O. Erl. 4 z. § 2288 mit Erl. 1 z. § 2293.

[50]) Anders wird es sich aber z. B. verhalten, wenn das Rücktrittsrecht des Erblassers ein vertragsmäßig befristetes war, und wenn der Erblasser, während er den anderen Vertragsteil in dem Glauben erhielt, daß ein Rücktritt vom Erbvertrag nicht erfolgen werde, doch noch innerhalb der Frist zum Rücktritt Handlungen der in Frage stehenden Art vornahm.

Digitized by Google

IV. Der zweiseitige Erbvertrag.

§ 47.

Besonderes ist jetzt noch über den zweiseitigen Erbvertrag[1]) zu sagen. Für ihn gelten,[2]) soweit nicht ein anderer Wille der Vertrag-

---

[1]) Wodurch er sich charakterisiert, ist bereits oben § 44 I angegeben worden. Wie der einseitige, so ist also auch der zweiseitige Erbvertrag ein rein erbrechtlicher Vertrag. Ein zweiseitiger Erbvertrag liegt darnach nicht vor, wenn A den B als Vertragserben bestellt und B dafür dem A die Gewährung des Unterhalts auf Lebenszeit verspricht, ebensowenig aber ein „gegenseitiger" Vertrag im Sinne des Obligationenrechts. Vgl. über diese sogenannte Erbverpfründung besonders Schiffner S. 96 bis 98. Nach der Auffassung des Gesetzes hat man hier zwei besondere Verträge anzunehmen, nämlich: 1. einen einseitigen Erbvertrag, der andere als erbrechtliche Wirkungen nicht haben kann, und 2. einen auf Gewährung des Unterhalts gerichteten obligatorischen Vertrag. Jeder dieser Verträge ist selbständig zu beurteilen, und was für den einen gilt, darf nicht ohne weiteres auch für den anderen zur Geltung gebracht werden. Ist also z. B. der Vertrag Nr. 2 nichtig, so ergibt sich daraus noch nicht die Nichtigkeit des Vertrages Nr. 1; wohl aber wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Vertrag Nr. 1 in dem vorausgesetzten Falle nach Maßgabe der §§ 2281, 2078 Abs. 2 der Anfechtung unterliegt. In gleicher Weise wird zu helfen sein, wenn der Vertrag Nr. 2 nicht nichtig ist, aber infolge eines von dem Verpflichteten zu vertretenden Umstandes unerfüllt geblieben ist. In betreff des im Falle, daß die durch den Vertrag Nr. 2 begründete Verpflichtung des Bedachten vor dem Tode des Erblassers wieder aufgehoben wird, im § 2295 besonders bestimmten Rücktrittsrechtes vgl. oben § 46 III. Die Protokolle V S. 411 verweisen außerdem auch noch auf die Möglichkeit, daß der Erblasser in den durch die Vorschrift des § 2295 nicht getroffenen Fällen unter entsprechender Anwendung der Bestimmungen über den Rücktritt von einem gegenseitigen obligatorischen Vertrag bei Vorhandensein der Voraussetzungen des Rücktritts (§ 325) die Aufhebung des Erbvertrags im Wege der Kondiktion fordern könne. Allein dieser Weg ist nicht gangbar. Vor allem schon deshalb nicht, weil die Bestimmungen über gegenseitige obligatorische Verträge unter Lebenden nicht auf eine Kombination von zwei Verträgen, von denen der eine ein Erbvertrag und der andere ein Vertrag unter Lebenden ist, und deren Zusammenhang lediglich darin besteht, daß der eine mit Rücksicht auf den anderen abgeschlossen worden ist, entsprechend angewendet werden können. Die Konstruktion, zufolge welcher der Erbvertrag nach Analogie eines ohne rechtfertigende materielle causa geschlossenen, abstrakten obligatorischen oder dinglichen Vertrages behandelt wird, ist außerdem praktisch undurchführbar. Man denke dabei nur an die Möglichkeit, daß im Erbvertrag eine andere Person bedacht ist, als welche dem Erblasser die Leistung des Unterhalts versprochen hat, oder daran,

Digitized by Google

schließenden ersichtlich ist, folgende Grundsätze: Die Nichtigkeit[3]) auch nur einer vertragsmäßigen Verfügung[4]) hat die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge. Macht ferner auch nur einer der Vertragschließenden von dem vorbehaltenen Rücktritt[5]) Gebrauch, so wird dadurch der ganze Vertrag aufgehoben.[6]) Mit dem Tode eines

---

daß der Erblasser vor der Durchsetzung des Kondiktionsanspruchs gestorben ist. Die mögliche Abhilfe kann nur durch Zulassung der Anfechtung des Erbvertrags wegen Irrtums im Beweggrund und darüber hinaus noch durch analoge Anwendung der Vorschrift des § 2295 d. h. durch erweiterte Zulassung des Rücktrittsrechtes gewonnen werden. Daß dem Rücktrittsrecht neben dem Anfechtungsrecht und dem letzteren neben dem ersteren erhebliche Bedeutung zukommt, ist klar. Das Anfechtungsrecht ist befristet (§ 2283), das Rücktrittsrecht nicht, jenes kann auch von einem Nachlaßbeteiligten, dieses nur vom Erblasser ausgeübt werden. Vgl. auch Hellwig S. 655 und Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2295.

[2]) Für den Fall eines unter Ehegatten geschlossenen zweiseitigen Erbvertrags bestimmt § 2280: „Haben Ehegatten in einem Erbvertrage, durch den sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, oder ein Vermächtnis angeordnet, das nach dem Tode des Überlebenden zu erfüllen ist, so finden die Vorschriften des § 2269 entsprechende Anwendung." Hierdurch wird dieselbe Auslegungsregel ausgesprochen, die nach § 2269 für das gemeinschaftliche Testament gilt (vgl. oben § 43 d. D. S. 325).

[3]) Was für den Fall der Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung bestimmt ist, gilt auch hier (vgl. oben § 43 Anm. 31) nicht ohne weiteres auch für den Fall der nachträglich (etwa durch den Tod des Bedachten vor dem Erblasser) eingetretenen Unwirksamkeit derselben. Im Falle der erfolgreichen Anfechtung (mag dieselbe auch erst nach dem Tode des anderen Teiles stattgefunden haben) einer vertragsmäßigen Verfügung ist § 142 maßgebend. An solche Anfechtung knüpft sich daher auch nach rückwärts hin die Unwirksamkeit der Verfügung des anderen Teiles.

[4]) Vgl. dazu § 2270 Abs. 1. Die daselbst vorausgesetzte Korrespektivität der Verfügungen wird im § 2298 nicht gefordert. Zu beachten ist jedoch, daß § 2298 nur eingreift, wenn eine vertragsmäßige Verfügung nichtig ist, und daß also die Nichtigkeit einer einseitigen Verfügung nicht genügt. Ist eine vertragsmäßige Verfügung als solche nichtig und kann sie nur als letztwillige aufrecht erhalten werden, so ist nach Maßgabe der Umstände zu entscheiden.

[5]) Was im Texte hinsichtlich des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes gesagt ist, gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich nur ein Teil den Rücktritt vorbehalten hatte. In betreff des auch schon ohne Vorbehalt begründeten Rücktrittsrechtes bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften.

[6]) Bezieht sich der Rücktrittsvorbehalt nur auf eine einzelne vertragsmäßige Verfügung, so wird als Wille der Parteien in aller Regel anzunehmen

Digitized by Google

Vertragsteils erlischt regelmäßig das vorbehaltene Rücktrittsrecht des Überlebenden; schlägt dieser jedoch das ihm durch den Vertrag Zugewendete aus,[7]) so kann er seine Verfügung kraft des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes durch Testament aufheben.[8]) Vgl. § 2298.

Schon im Eingange ist gesagt worden, daß die Anwendung dieser Vorschriften insoweit entfällt, als ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist. Hierbei scheint freilich Abs. 3 von § 2298 eine Schwierigkeit zu bereiten; denn nach dem Wortlaut desselben[9]) möchte man zunächst glauben, daß Satz 3 des Abs. 2 von § 2298 Anwendung zu finden habe, selbst wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden klar zu Tage liegt. Diese Auffassung kann und darf aber nicht festgehalten werden, denn sie führt zu offenbaren Fehlentscheidungen. Beispiel: Die Ehegatten A (Mann) und B (Frau) schließen unter Vorbehalt des beiderseitigen Rücktrittsrechtes einen Erbvertrag, laut dessen A die B als Erbin und deren Tochter erster Ehe als Nacherbin einsetzt, und die B dem A ein Vermächtnis von 30000 Mk. zusichert, das, dafern A vor der B sterben sollte, den drei Neffen des A zu gleichen Teilen zukommen soll. A stirbt zuerst, die B schlägt die ihr angefallene Erbschaft ihres Gatten aus, bewirkt hierdurch, ihrer Absicht entsprechend, den sofortigen Anfall der Erbschaft an ihre Tochter erster Ehe (§ 2102) und hebt, nachdem

---

sein, daß durch die Ausübung dieses Rücktrittsrechtes der übrige Inhalt des Vertrags unberührt bleiben soll.

[7]) Muß sich die Ausschlagung auch auf dasjenige erstrecken, was dem Überlebenden durch einseitige Verfügung von Todeswegen zugewendet ist? Das wird in aller Regel zu verneinen sein. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3c z. § 2298.

[8]) Die Behandlung der einschlagenden Fragen kann hier keine andere sein als nach § 2271 Abs. 2. Von entscheidender Bedeutung ist insbesondere die Beurteilung des Falles, wenn der Rücktrittsberechtigte, nachdem er seine vertragsmäßige Verfügung kraft des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes durch Testament aufgehoben hatte, stirbt, noch bevor die Ausschlagung des ihm Zugewendeten perfekt geworden ist. Die Entscheidung muß hier in gleicher Weise getroffen werden, wie dies oben § 43 a d. D. S. 338 ff. ausgeführt worden ist.

[9]) Abs. 3 von § 2298 lautet: „Die Vorschriften des Abs. 1 und des Abs. 2 Satz 1, 2 finden keine Anwendung, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist." Der hier nicht mitberufene Satz 3 von Abs. 2 aber lautet: „Der Überlebende kann jedoch, wenn er das ihm durch den Vertrag Zugewendete ausschlägt, seine Verfügung durch Testament aufheben."

Digitized by Google

der Erwerb der letzteren definitiv geworden ist, ihre zu Gunsten der Neffen ihres verstorbenen Mannes getroffene Verfügung durch Testament auf. Ist diese Aufhebung wirksam?[10])

Die Bejahung der Frage mutet dem Gesetze etwas geradezu Widersinniges zu, und es muß deshalb ein Weg gesucht werden, dessen Beschreitung eine befriedigende Lösung ermöglicht.[11]) Diesem Zwecke[12]) sollen folgende Erwägungen dienen:

1. Die Bestimmung des Satzes 3 von Abs. 2 des § 2298 greift überhaupt nur ein, wenn sich die Vertragschließenden das Recht zum Rücktritt von den getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen *vorbehalten* haben. In Ermangelung eines solchen Vorbehalts bleibt der Überlebende an die von ihm im gegenseitigen Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen selbst dann gebunden, wenn er das ihm infolge der vertragsmäßigen Verfügung des vorverstorbenen Teiles Angefallene ausschlägt.

2. Der im Erbvertrag enthaltene Rücktrittsvorbehalt braucht nicht ein schlechthin unbeschränkter zu sein. Die mögliche Beschränkung kann insbesondere auch darin bestehen, daß der Rücktritt nach dem Tode des anderen Vertragsteils keinesfalls mehr zulässig sein soll. Ist diese Beschränkung beigesetzt, so kann sich der überlebende Teil die Möglichkeit des Widerrufs der von ihm zu Gunsten eines Dritten getroffenen vertragsmäßigen Verfügung selbst durch Ausschlagung des ihm vom vorverstorbenen Teile Zugewendeten nicht mehr verschaffen.

3. Schon aus dem unter Z. 1 und 2 Gesagten hat sich ergeben, daß die Vorschrift des Satzes 3 von Abs. 2 des § 2298 gewiß nicht dem zwingenden Rechte angehört. Ihre Anwendung hat daher trotz der Fassung von Abs. 3 des § 2298[13]) zu unterbleiben, soweit ein

---

[10]) Mit diesem schon in der 1. Auflage dieses Buches (S. 60) vorgelegten Falle beschäftigen sich eingehend *Küntzel* S. 611 ff. und *Hellwig* S. 647 ff. Vgl. auch *Planck-Ritgen* Erl. 3 c z. § 2298.

[11]) Anderer Ansicht *Hellmann* S. 227; er entscheidet sich für die Bejahung der im Texte gestellten Frage und findet in dem sich hierbei herausstellenden Gesamtergebnis nichts, was der Billigkeit widersprechen würde.

[12]) In der 1. Auflage dieses Buches S. 69 wurde mit dem im Texte erwähnten Falle lediglich kritisch operiert.

[13]) Sie erklärt sich aus der Redaktionsgeschichte. Der § 2298 BGB. ist nämlich aus der mechanischen Zusammenziehung der §§ 1959 und 1961 des Entwurfs I entstanden. Der Abs. 3 des 2298 BGB. entspricht dem Abs. 2 von § 1959 des Entwurfs I. Darauf beruht es wieder, daß er sich lediglich

Digitized by Google

anderes als von den Parteien gewollt anzunehmen ist, und für die Beurteilung unseres Falles ist hierdurch die erforderliche Freiheit gewonnen. Von dieser ist jetzt Gebrauch zu machen.

Denkt man sich in dem uns vorliegenden Falle vorläufig die Einsetzung der B als Erbin des A weg und nimmt man also an, daß A auf Wunsch seiner Ehefrau nicht diese selbst, sondern deren Tochter erster Ehe als Erbin eingesetzt habe, so würde das von der B vorbehaltene Rücktrittsrecht nach der Regel des zweiten Satzes von Abs. 2 des § 2298 mit dem Tode des A erloschen sein.[14]) Vergleicht man die hier vorläufig angenommene Sachlage mit dem unveränderten Tatbestand des Falles, so wird man das, was der ersteren wesentlich ist, auch in dem letzteren wiederfinden. Denn hier wie dort knüpft sich infolge des Versterbens des A an die im zweiseitigen Erbvertrag getroffene vertragsmäßige Verfügung ein rechtlicher Erfolg (der Erwerb der Erbschaft des A durch die Tochter der B), von dem mit Sicherheit angenommen werden darf, daß er vom A für den Fall der Aufhebung der von der B zu Gunsten seiner Neffen getroffenen Verfügung nicht gewollt sein würde. Auch die auf Grund des unveränderten Tatbestandes zu treffende Entscheidung kann daher nur dahin lauten, daß das vorbehaltene Rücktrittsrecht der B ungeachtet der ihrerseits erfolgten Ausschlagung der angebotenen Vorerbfolge nach der Regel des Satzes 2 von Abs. 2 des § 2298 erloschen ist.[14a]) Hiermit steht Satz 3 von Abs. 2 desselben § 2298

---

auf diejenigen Bestimmungen der beiden ersten Absätze des § 2298 bezieht, die aus § 1959 des Entwurfs I herübergenommenen sind und nicht auch auf den mit § 1961 des Entwurfs I sich deckenden Satz 3 von Abs. 2 des § 2298 BGB. Vgl. jetzt auch Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2298, der sich dieser Auffassung anschließt.

[14]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3c z. § 2298. Hellwig S. 649 will in Fällen solcher Art dem Überlebenden das Recht zum Widerruf seiner vertragsmäßigen Verfügung ganz allgemein dann zuerkennen, wenn der Dritte (hier die Tochter erster Ehe) ausschlägt. Allein die Geltung einer solchen Regel läßt sich aus dem Gesetz nicht ableiten, und zuzugeben ist nur, daß die von H. vertretene Lösung unter Umständen der Parteienabsicht entsprechen kann. Vgl. auch oben § 43a d. D. Anm. 31, 32 auf S. 341.

[14a]) Anders konstruiert Planck-Ritgen Erl. 3c z. § 2298. Daselbst heißt es: „Hat sowohl der überlebende Vertragschließende als auch ein Dritter eine Zuwendung erhalten, sei es, daß ihnen verschiedene Gegenstände zugewendet sind, sei es, daß beide im Wege einer Ersatzberufung oder Nachberufung mit demselben Gegenstande bedacht sind, so genügt, daß der überlebende Vertrag-

Digitized by Google

nur scheinbar in Widerspruch. Die in ihm enthaltene Vorschrift beruht offenbar auf der Voraussetzung, daß durch die im zweiseitigen Erbvertrag von dem vorverstorbenen Vertragsteil getroffene Verfügung nur der überlebende Teil bedacht ist. Schlägt hier der letztere das ihm Zugewendete aus und wird infolgedessen die vertragsmäßige Verfügung des vorverstorbenen Teils gänzlich unpraktisch, so soll dem überlebenden Teile das vorbehaltene Rücktrittsrecht auch nach dem Tode des anderen Teiles unverkürzt verbleiben. In unserem Falle trifft die vorerwähnte Voraussetzung nicht zu, und ist aus diesem Grunde der vielerwähnte Satz 3 von Abs. 2 des § 2298 gar nicht zur Anwendung zu bringen.[15])

---

schließende ausschlägt. Hebt dieser aber zunächst seine Verfügung auf, so hat dies die gleiche Folge, wie wenn er bei Lebzeiten des anderen Teiles von ihr zurückgetreten wäre, d. h. die Verfügung des Verstorbenen zu Gunsten des Dritten wird (mit Rückwirkung) hinfällig, sofern nicht aus dem Erbvertrag ein anderer Wille der Parteien zu entnehmen ist." Hiergegen sind nach zweifacher Richtung hin Einwendungen zu erheben. 1. Nach Planck-Ritgen würde in unserem Falle die überlebende B sich durch ihre Ausschlagung die rechtliche Möglichkeit der Aufhebung ihrer korrespektiven Verfügung sichern. Die Folge davon müßte aber wieder sein, daß in Ansehung der Beerbung des A vielleicht durch viele Jahre Unsicherheit bestehen würde. Denn wer als Erbe des A in Betracht kommt, hängt nach Planck-Ritgen davon ab, ob die B ihre korrespektive Verfügung aufhebt oder bestehen läßt. Nur im letzteren Falle würde die Tochter der B als Erbin zu gelten haben; im ersteren würde sich dagegen die Einsetzung der Tochter der B nach rückwärts hin als nicht erfolgt darstellen. Ein Mittel, durch das die B zu einer Entscheidung gezwungen werden könnte, ist aber nirgends vorgesehen. Man wird mit Sicherheit sagen können, daß die Herstellung einer so gearteten schwebenden Erbfolge der Absicht des Gesetzes nicht entspricht. (Aus der oben S. 342 für möglich erachteten Behandlung engbegrenzter und praktisch unerheblicher Ausnahmefälle können weitergehende Schlüsse selbstverständlich nicht gezogen werden.) 2. Unannehmbar ist aber außerdem noch, daß die Unwirksamkeit der von A ausgesprochenen Einsetzung der Tochter der B nach rückwärts hin schon dadurch herbeigeführt werden soll, daß die B ihre korrespektive Verfügung durch Testament aufhebt. Dem gegenüber muß auch hier wieder (vgl. oben § 43a S. 340) gesagt werden, daß die von der B in ihrem nach dem Tode des A errichteten Testamente ausgesprochene Aufhebung ihrer korrespektiven Verfügung, für die B, solange sie noch am Leben ist, ein internum bildet und daher auch auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse Dritter nicht einwirken kann.

[15]) Zu demselben Ergebnisse gelangt in eindringender Ausführung auch Hellwig a. a. O., während Küntzel die eigentliche Schwierigkeit des Falles unerledigt läßt.

Digitized by Google

4. Kapitel.

Eröffnung der Verfügungen von Todeswegen.*)

§ 48.

I. Testamente[1]) sind nach dem Tode des Erblassers alsbald amtlich zu eröffnen. Eine entgegenstehende Bestimmung des Erblassers ist nichtig (§ 2263). Zur Eröffnung berufen ist das Nachlaßgericht,[2]), dafern sich das Testament nicht bei einem anderen Gerichte in amtlicher Verwahrung[3]) befindet; im letzteren Falle obliegt die Eröffnung diesem anderen Gerichte (§ 2260 und § 2261 Satz 1). Das bei einer nicht richterlichen Behörde oder bei einem Notar in amtlicher Verwahrung[4]) sich befindende Testament ist nach dem Tode des

*) Kleineidam zu §§ 2259, 2262, 2264, 2273 im Recht 1901 S. 112. Schultheis, DJZ. 1901 S. 433. Schultzki im Recht 1901 S. 346. Drewes, Zwei Testamentsfragen (1. Ist jedes gemeinschaftliche, in amtlicher Verwahrung befindlich gewesene Testament wieder zu verschließen? 2. Kann jeder Bedachte oder sonst rechtlich Interessierte Abschrift des ganzen Testaments verlangen?) DJZ. 1901 S. 231. Mayer (Sind nicht in amtliche Verwahrung gebrachte Erbverträge nach dem Tode des Erblassers zum Zwecke der Eröffnung an das Nachlaßgericht abzuführen?) in Ztschr. d. preuß. Amtsr.-V. 1901 S. 45. Brunner (Eröffnung ungültig gewordener Testamente) in Ztschr. f. d. Notariat in Bayern 1901 S. 137. Goslich (gegen die Eröffnung formell ungültiger Testamente und Erbverträge) Zentralb. f. FGb. Bd. 3 S. 91.

[1]) Zur Vermeidung von Unklarheiten wird in diesem Absatz zunächst nur von der Eröffnung der Testamente und dann erst von der Eröffnung der Erbverträge gehandelt.

[2]) Hier und im folgenden ist übrigens wohl zu beachten, daß die dem Nachlaßgericht obliegenden Verpflichtungen durch Landesgesetz einer anderen als einer gerichtlichen Behörde übertragen sein können (Art. 147 EG.). Vgl. z. B. Art. 1 Abs. 2 bayr. Not.-Ges.

[3]) Hierbei ist an die „besondere amtliche Verwahrung" der §§ 2246, 2248 zu denken. Die im Texte erwähnte Vorschrift greift also z. B. nicht Platz, wenn sich das Testament des Verstorbenen nach Maßgabe der §§ 94 ff. StPO. bei einem Strafgericht befindet.

[4]) Bei der in Anm. 3 angenommenen Bedeutung des Ausdrucks „amtliche Verwahrung" kann man hier nicht stehen bleiben. Denn sonst würden diejenigen Fälle der sachgemäßen Regelung entbehren, in welchen sich ein zu eröffnendes Testament zwar nicht in der „besonderen amtlichen Verwahrung" im Sinne von Anm. 3, aber doch in der amtlichen Verwahrung einer nicht richterlichen Behörde oder eines Notars befindet. Man denke z. B. daran, daß es sich um ein notarielles Testament handelt, zu dessen „besonderer Verwahrung" der Notar nach dem in Betracht kommenden Landesrecht nicht

Digitized by Google

Erblassers an das Nachlaßgericht abzuliefern;[5]) erforderlichen Falles hat dieses die Ablieferung zu veranlassen (§ 2259 Abs. 2). In den hierdurch nicht getroffenen Fällen[6]) ist der Besitzer des Testaments,[7]) nachdem er von dem Tode des Erblassers Kenntnis erlangt hat, zur unverzüglichen (vgl. hierzu § 121) Ablieferung an das Nachlaßgericht privatrechtlich verpflichtet (§ 2259 Abs. 1). Zur Erfüllung dieser Ablieferungspflicht kann der Besitzer von jedem Interessenten erforderlichen Falles im Wege der Klage verhalten werden.[8]) Es greift

---

berufen ist (vgl. dazu oben § 21 Anm. 56), und daß der Erblasser gestorben ist, noch bevor der Notar in der Lage war, das Testament in die „besondere" gerichtliche Verwahrung zu bringen. Es ist klar, daß den Notar die in § 2259 Abs. 2 bestimmte öffentlichrechtliche Pflicht zur Ablieferung des Testaments an das Nachlaßgericht auch hier trifft. Über weitere Fälle vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2259. Es ist übrigens auch nach einer zweiten Richtung hin ausdehnende Auslegung notwendig. Die zur Ablieferung des Testaments an das Nachlaßgericht verpflichtete Behörde kann nämlich, obschon dies durch den Wortlaut des § 2259 Abs. 2 ausgeschlossen zu sein scheint, auch ein Gericht sein. Dies trifft dann zu, wenn sich das Testament bei einem Gericht zwar in amtlicher, aber nicht in „besonderer" Verwahrung befindet. Da das verwahrende Gericht in diesem Falle zur Eröffnung des Testaments nach § 2261 nicht berufen ist (vgl. Anm. 3), so muß es zur Ablieferung des Testaments an das Nachlaßgericht verpflichtet sein.

[5]) Die hier in Frage kommende Ablieferungspflicht ist öffentlichrechtlicher Natur (vgl. Motive V S. 306).

[6]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheint die im Texte erwähnte privatrechtliche Ablieferungspflicht in allen Fällen einzutreten, in denen eine Verfügung von Todeswegen nicht in „besondere" amtliche Verwahrung gebracht ist. Hieran kann aber mit Rücksicht auf das in Anm. 4 Gesagte nicht ganz festgehalten werden. Denn in den daselbst bezeichneten Fällen befindet sich die Verfügung von Todeswegen zwar in amtlicher Verwahrung, aber nicht in der „besonderen" Verwahrung nach den §§ 2246, 2248, und greift trotzdem nur die öffentlichrechtliche Ablieferungspflicht nach § 2259 Abs. 2, nicht die privatrechtliche nach § 2259 Abs. 1 durch. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2259.

[7]) Die wenngleich berechtigte Annahme des Besitzers, das Testament sei vom Erblasser nach § 2254 oder nach § 2258 widerrufen worden, begründet eine Befreiung von der Ablieferungspflicht nicht. Diese Pflicht wird selbst dadurch noch nicht ausgeschlossen, daß das Testament zerrissen, zerschnitten, durchstrichen ist. Anders wird nur zu entscheiden sein, wenn der Besitzer mit Sicherheit annehmen durfte, daß die Vernichtung der Urkunde vom Erblasser in Aufhebungsabsicht vorgenommen worden ist. Selbst in solchem Falle kann aber gegen den Besitzer der Exhibitionsanspruch nach § 810 begründet sein.

[8]) Nichterfüllung dieser Legalverpflichtung macht den Besitzer nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig.

Digitized by Google

aber außerdem[9]) noch die Vorschrift des § 83 FGbGes. durch: Darnach kann das Nachlaßgericht den Besitzer des Testaments in den Fällen des § 2259 Abs. 1 durch Ordnungsstrafe zur Ablieferung anhalten; besteht aber Grund zur Annahme, daß jemand ein Testament in Besitz hat, zu dessen Ablieferung er nach § 2259 Abs. 1 verpflichtet ist, so kann er von dem Nachlaßgericht zur Leistung des Offenbarungseides verhalten werden.

Das im Vorhergehenden über die Eröffnung von Testamenten Gesagte ist auf die Eröffnung von Erbverträgen entsprechend zur Anwendung zu bringen (§ 2300). Diese Eröffnung hat nicht nur stattzufinden, wenn der Erbvertrag in die im § 2277 erwähnte besondere amtliche Verwahrung gelangt ist, sondern auch, wenn dies nicht zutrifft.[10]) Im ersten Falle ist der Erbvertrag vom Nachlaßgericht bzw. von dem in § 2261 Satz 1 bezeichneten anderen Gericht zu eröffnen. Im zweiten Falle ist lediglich das Nachlaßgericht[11]) zur Eröffnung berufen. Befindet sich der Erbvertrag bei einem Notar oder bei einem vom Nachlaßgericht verschiedenen Gericht in gewöhnlicher Verwahrung, so greift die öffentlichrechtliche Pflicht des § 2259 Abs. 2 zur Ablieferung des über den Erbvertrag aufgenommenen Aktes an das Nachlaßgericht durch.

II. Zum Zwecke der Eröffnung der Verfügung von Todeswegen (Testament, Erbvertrag)[12]) hat das Nachlaßgericht (oder das hierzu

---

[9]) Vgl. übrigens auch § 274 Nr. 1 StGB.

[10]) So auch schon die früheren Auflagen d. B. und in eingehender Ausführung Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2300. Diese durch den Wortlaut des § 2300 gestützte Ansicht ist auch vom RG. Bd. 48 S. 96 angenommen worden. Hierdurch dürften abweichende Ansichten Anderer als erledigt zu betrachten sein.

[11]) Anders Planck-Ritgen Erl. 2 a. E. z. § 2300. Daselbst wird die Meinung vertreten, daß die Eröffnung des in der gewöhnlichen Verwahrung eines vom Nachlaßgericht verschiedenen Gerichts sich befindenden Erbvertrags durch dieses Gericht zu erfolgen habe. Allein es fehlt an einem entscheidenden Grunde, warum hier über § 2261 hinausgegangen werden soll.

[12]) Liegen mehrere Verfügungen von Todeswegen vor, so sind sie sämtlich zu eröffnen, auch die durch eine spätere Verfügung widerrufenen. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2260. Ist auch eine formell oder vermöge ihres Inhalts nichtige Verfügung zu eröffnen? Hierüber läßt sich allgemein Durchgreifendes nicht sagen. Es muß der richtige Takt entscheiden. Der zur Eröffnung Berufene darf keinesfalls außer acht lassen, daß ein von ihm für nichtig gehaltenes Testament vom Prozeßgericht vielleicht doch als gültig

Digitized by Google

berufene andere Gericht bzw. die nach Landesrecht berufene Behörde) von Amtswegen[13]) einen Termin zu bestimmen, zu dem die gesetzlichen Erben des Erblassers und die sonstigen Beteiligten nach Tunlichkeit zu laden sind. Im Termin ist die Verfügung, dafern sie verschlossen ist, zunächst zu öffnen,[14]) dann den Beteiligten zu verkünden und ihnen auf Verlangen vorzulegen. Ist die Vorlegung erfolgt, so darf die Verkündigung unterbleiben. Über die Eröffnung ist ein Protokoll aufzunehmen;[15]) es hat in betreff einer verschlossen gewesenen Verfügung auch festzustellen, ob der Verschluß unversehrt geblieben war. Erfolgt die Eröffnung durch ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht, so hat es die eröffnete Verfügung nebst einer beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls dem Nachlaßgericht zu übersenden, eine beglaubigte Abschrift der Verfügung aber zurückzubehalten. Vgl. §§ 2260,[16]) 2261 Satz 2, 2300.

III. Bei zu eröffnenden gemeinschaftlichen Testamenten[16a]) und Erbverträgen[17]) sind die Verfügungen des überlebenden Teiles,[18])

---

erachtet werden könnte. Völlig selbstverständlich ist übrigens, daß ein Testament lediglich dadurch, daß dessen Eröffnung unterbleibt, an Wirksamkeit nichts verliert.

[13]) Zum Tätigwerden der zur Testamentseröffnung berufenen Behörde bedarf es also nicht des Antrags eines Beteiligten.

[14]) Das im Text erwähnte „Öffnen" einer verschlossenen Verfügung von Todeswegen ist mit der „Eröffnung" nicht identisch. Unter der letzteren ist die Gesamtheit der im § 2260 bzw. § 2261 vorgeschriebenen Akte zu verstehen. Eine „Eröffnung" ist daher sehr wohl auch möglich, wenn die in Frage kommende Verfügung von Todeswegen nicht verschlossen ist.

[15]) Die Vorschriften der §§ 168 ff. FGbG. sind mit Rücksicht darauf, daß die Eröffnung kein Rechtsgeschäft ist, nicht maßgebend. Auf landesgesetzliche Vorschriften, die hinsichtlich des Protokolls in Betracht kommen können, ist hier nicht einzugehen.

[16]) Die Ausführungsgesetze der meisten Bundesstaaten enthalten Vorschriften über die Eröffnung von Verfügungen von Todeswegen, die sich schon sehr lange Zeit in amtlicher Verwahrung befinden. Vgl. hierüber Planck-Ritgen Erl. 9 z. § 2260.

[16a]) Die auf die Verkündigung gemeinschaftlicher Testamente sich beziehenden Abhandlungen verschiedener Verfasser sind schon oben Anm. *) auf S. 408 verzeichnet worden.

[17]) Man braucht hierbei nicht notwendig an zweiseitige Erbverträge zu denken; denn mit Rücksicht auf § 2299 Abs. 1 ist es auch sehr wohl möglich, daß die im Erbvertrag enthaltenen Verfügungen des einen Teiles vertragsmäßige, die des anderen Teiles dagegen letztwillige sind.

[18]) Es kann übrigens unter Umständen fraglich sein, ob und inwieweit

Digitized by Google

soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen.[19]) Befand sich ein, Verfügungen des überlebenden Teiles[20]) enthaltendes gemeinschaftliches

---

eine Verfügung des vorverstorbenen oder nur eine solche des überlebenden Teiles vorliegt. Soweit hierbei nach den Auslegungsregeln der §§ 2269, 2280 lediglich eine Verfügung des überlebenden anzunehmen ist, und die Sonderung dieser Verfügung von der Verfügung des verstorbenen Teiles sich als durchführbar erweist, ist nach Maßgabe des im Texte Gesagten vorzugehen. Hierbei ist jedoch größte Vorsicht zu beobachten; denn sonst besteht die Gefahr, daß eine nicht verkündete Verfügung sich hinterher doch als eine von dem zuerst verstorbenen Gatten ausgehende darstellt. In dem Rechtsp. d. OLG. Bd. 1 S. 73 (Entsch. d. bayr. ObLG. v. 31. 3. 1900) mitgeteilten Falle lag eine solche Gefahr nicht vor, denn die Verfügungen des vorverstorbenen Teiles waren von denen des überlebenden hier äußerlich getrennt.

[19]) Dem überlebenden Gatten bzw. dem anderen Vertragsteile selbst kann die Einsicht in die von ihm getroffenen Verfügungen selbstverständlich nicht versagt werden. Diese Verfügungen werden aber auch anderen Beteiligten offen gelegt werden dürfen, wenn der überlebende Gatte bzw. der andere Vertragsteil einwilligt.

[20]) Hierbei wird vorausgesetzt, daß diese Verfügungen praktisch überhaupt noch in Betracht kommen können. Dies ist z. B. dann nicht der Fall, wenn die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament lediglich nach Maßgabe der §§ 1512 bis 1516 Verfügungen über die Anteile ihrer Abkömmlinge am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft getroffen haben. Hier sind diese Verfügungen nach dem Tode des zunächst verstorbenen Gatten zu verkünden, und hat die Einleitung der neuerlichen besonderen Verwahrung aus dem Grunde zu unterbleiben, weil die vom überlebenden Gatten für den Fall, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach seinem Tode eintritt, getroffenen Anordnungen praktisch bedeutungslos geworden sind. Vgl. Entsch. d. bayr. ObLG. von 18. 10. 1900 in Rechtsspr. d. OLG. Bd. 1 S. 379. Etwas anders liegen die Verhältnisse dann, wenn ein gemeinschaftliches Testament nichts weiter enthält als die wechselseitige Einsetzung der Ehegatten als Erben. Zweifellos zwar ist die vom überlebenden Gatten ausgesprochene Erbeinsetzung durch den vorher erfolgten Tod des anderen Gatten gegenstandslos geworden. Trotzdem kann ihr vermöge ihrer Aufhebungskraft gegenüber einer von dem überlebenden Gatten in einem früheren Testament verfügten Erbeinsetzung praktische Bedeutung noch zukommen. Das Zurückbringen des gemeinschaftlichen Testaments in die besondere amtliche Verwahrung läßt sich also hier immerhin rechtfertigen. Anders Planck-Ritgen Erl. 3 a z. § 2273, der ein solches Verfahren, sowie die spätere nochmalige Eröffnung des Testaments für zwecklos erklärt. Hierbei bleibt jedoch unberücksichtigt, daß eine neuerliche Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments der bezeichneten Art mit Rücksicht auf die möglicherweise in Betracht kommende Aufhebungswirkung selbst dann erfolgen

Digitized by Google

Testament oder ein solcher Erbvertrag bisher in besonderer amtlicher Verwahrung, so ist das Testament, der Erbvertrag nach erfolgter Verkündigung der Anordnungen des vorverstorbenen Teiles unter Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift wieder zu verschließen und in diese Verwahrung[21]) zurückzubringen.[22]) Vgl. §§ 2273, 2300. Nicht ganz unzweifelhaft ist die Behandlung in denjenigen Fällen, in welchen ein gemeinschaftliches Testament mit dem angegebenen Inhalt oder ein solcher Erbvertrag sich bisher in besonderer amtlicher Verwahrung nicht befunden hatte. Es dürfte also zu entscheiden sein: Gehört die an das Nachlaßgericht gelangte Urschrift[23]) der (auch Anordnungen des Überlebenden enthaltenden) Verfügung von Todeswegen[24])

---

müßte, wenn dessen Zurückbringung in die besondere amtliche Verwahrung unterblieben ist. Außerdem ist nicht einzusehen, warum dem überlebenden Gatten in einem Falle der bezeichneten Art die Erteilung eines neuen Hinterlegungsscheins (§ 2246) versagt werden soll.

[21]) Das gemeinschaftliche Testament bzw. der Erbvertrag verbleibt also in diesem Falle beim Nachlaßgericht nur dann, wenn dieses zur Vornahme der besonderen Verwahrung berufen ist. Sonst geht der Akt an die bisher zur besonderen Verwahrung berufen gewesene richterliche oder nicht richterliche (§ 2249) Behörde bzw. den dazu berufen gewesenen Notar zurück. Die neuerliche Verschließung ist in diesem Falle nicht vom Nachlaßgericht, sondern von der anderen Behörde bzw. vom Notar vorzunehmen.

[22]) Wie ist vorzugehen, wenn sich eine Sonderung der Verfügungen des verstorbenen Teiles von denen des überlebenden Teiles als undurchführbar erwiesen hat, und wenn deshalb der Gesamtinhalt des gemeinschaftlichen Testaments, des Erbvertrags verkündet worden ist? Hat dann die neuerliche Verschließung und Zurückbringung des gemeinschaftlichen Testaments, des Erbvertrags in die frühere besondere Verwahrung und desgleichen eine neuerliche Verkündigung nach dem Tode des überlebenden Teils zu unterbleiben? Für die bejahende Antwort Planck-Ritgen Erl. 5 z. § 2273 (mit Berufung auf Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 63), weil ein anderes Verfahren zwecklos wäre. Hiergegen dürfte jedoch zu sagen sein, daß die Verfügungen des überlebenden Teiles nach dessen Tode eine ganz andere Bedeutung gewinnen, als die sie beim Tode des vorverstorbenen Teiles haben konnten. Insbesondere sind die nach dem Tode des Überlebenden in Frage kommenden Beteiligten möglicherweise ganz andere Personen, als welche beim Tode des vorverstorbenen Teiles in Betracht kamen.

[23]) Die dem Nachlaßgericht von einem Beteiligten etwa vorgelegte amtliche Ausfertigung des aufgenommenen Aktes ist dem früheren Besitzer wieder zurückzustellen.

[24]) Es ist dabei an Erbverträge zu denken, hinsichtlich deren eine besondere amtliche Verwahrung unterblieben ist (vgl. § 2277).

Digitized by Google

zu den Amtsakten einer anderen Behörde oder eines Notars, so ist sie, sobald das Nachlaßgericht sie nicht mehr benötigt, nach Abnahme einer beglaubigten Abschrift[25]) von den verkündeten Anordnungen an die Behörde, den Notar wieder zurückzustellen, andernfalls verbleibt sie beim Nachlaßgericht.[26]) Dem auf nachträgliche Übernahme der Verfügung von Todeswegen in besondere Verwahrung gerichteten Verlangen des Überlebenden wird stattzugeben sein.

IV. Nach vorgenommener Eröffnung einer Verfügung von Todeswegen hat das Nachlaßgericht[27]) die bei derselben nicht zugegen gewesenen Beteiligten[28]) von dem sie betreffenden Inhalt der Verfügung in Kenntnis zu setzen (§§ 2262, 2300). Es hat ferner jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, und soweit dieses Interesse reicht,[29]) die Einsichtnahme in die eröffnete Verfügung und die Ab-

---

[25]) Hiergegen scheint zwar zu sprechen, daß nach § 2300 der Satz 2 von § 2273 auf einen Erbvertrag, der sich nicht in besonderer amtlicher Verwahrung befindet, nicht anzuwenden ist. Allein hierbei ist nur an Fälle gedacht, in denen die Anfertigung einer beglaubigten Abschrift von den Verfügungen des verstorbenen Teiles deshalb zu unterbleiben hat, weil die Urschrift ohnedies beim Nachlaßgericht verbleibt. Wo letzteres aus dem im Texte bezeichneten Grunde nicht geschehen kann, ist die Anfertigung der beglaubigten Abschrift unbedingt notwendig. Ein Grund dafür, daß einer Behörde oder einem Notar Amtsakten dauernd vorenthalten werden, ist aber nicht erfindlich. In der RGE. Bd. 48 S. 96 ff. (vgl. besonders S. 101 unten) ist die Frage, ob die Urschrift dauernd beim Nachlaßgericht zu verbleiben hat oder nach erfolgter Publikation wieder an den dabei in Frage kommenden Notar zurückgegeben werden darf, zwar gestreift aber absichtlich nicht erledigt.

[26]) So verhält es sich insbesondere mit einem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament, das sich bisher nicht in einer besonderen Verwahrung befunden hatte, das ist in einem Falle, an den im § 2273 nicht gedacht ist. Die in der 2. Aufl. d. B. S. 215 bei Anm. 2 in Übereinstimmung mit anderen Schriftstellern vertretene Ansicht, daß ein solches Testament nach erfolgter Publikation der Verfügungen des verstorbenen Teiles dem anderen Teile wieder zurückzugeben sei, ist praktisch bedenklich. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2c z. § 2273.

[27]) Die im Texte bezeichnete Verpflichtung obliegt dem Nachlaßgericht auch dann, wenn die Eröffnung der Verfügung von Todeswegen durch ein anderes Gericht erfolgt ist.

[28]) Wer als Beteiligter in Betracht kommt, ist nach sachgemäßer Erwägung zu beurteilen.

[29]) Diese Beschränkung ist zwar im § 2264 nicht ausgesprochen, ergibt sich aber aus dem Wesen der Sache. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2264.

Digitized by Google

nahme einer Abschrift zu gestatten und die letztere auf Verlangen auch zu beglaubigen. Vgl. § 2264,[30]) und § 2300, in dem freilich § 2264 nicht berufen ist; s. außerdem § 34 FGbG.[31]).

3. Abschnitt.

Pflichtteilsrecht.*)

I. Die grundsätzliche Gestaltung des Pflichtteilsrechtes.**)

1. Pflichtteilsberechtigung und Pflichtteilsanspruch.

§ 49.

I. Ein Noterbenrecht,[1]) d. h. ein selbst gegen den von einem testierfähigen Erblasser formgerecht und auch sonst nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen rechtsgültig[2]) ausgesprochenen Willen wirksam werdendes Erbrecht ist

---

[30]) Das im Texte Gesagte gilt nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2264 für Testamente, muß aber ungeachtet der Nichtberufung des § 2264 im § 2300 auch auf Erbverträge angewendet werden. Entscheidend ist dabei insbesondere die Erwägung, daß nach der hier in Frage stehenden Richtung hin zwischen verkündeten gemeinschaftlichen Testamenten und verkündeten erbvertragsmäßigen Verfügungen kein Unterschied gemacht werden kann. Die Anwendbarkeit des § 2264 auf gemeinschaftliche Testamente ist aber mit Rücksicht auf das Verhältnis von § 2264 zu § 2273 nicht zu bezweifeln.

[31]) Über das Verhältnis von § 2264 zu § 34 FGbG. ist zu sagen: 1. Die Anordnung des § 2264 setzt ein von dem die Einsicht Begehrenden glaubhaft zu machendes rechtliches Interesse voraus; nach § 34 FGbG. genügt ein glaubhaft gemachtes berechtigtes Interesse. 2. Nach § 2264 muß bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen Einsicht und Abnahme einer Abschrift gestattet werden; nach § 34 FGbG. kann beides nach pflichtmäßigem Ermessen des Richters gestattet werden.

*) Schiffner: Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse (1897).

**) Modifikationen der reichsrechtlichen Gestaltung des Pflichtteilsrechtes können sich aus den auf S. 4, 5 d. D. bezeichneten erbrechtlichen Sondervorschriften ergeben.

[1]) Hinsichtlich des römischen Rechtes vgl. Windscheid III §§ 575 ff., Dernburg, Pandekten III §§ 143, 152. Über französisches Recht und den schweizer Entwurf vgl. oben § 6 Anm. 2 (S. 36).

[2]) An einem rechtsgültig ausgesprochenen Willen des Erblassers fehlt es, wenn dessen Anordnung nach den allgemeinen Vorschriften über die An-

Digitized by Google

dem BGB. durchaus fremd.[3]) Der Gedanke des Pflichtteilsrechtes ist dagegen wie von anderen modernen Gesetzgebungen so auch vom BGB. aus dem römischen Rechte übernommen worden. Gewisse dem Erblasser nahestehende Personen haben nämlich nach dem BGB. ein Anrecht darauf, daß ihnen dem Werte nach wenigstens ein Teil desjenigen zukomme, was sie bei eintretender gesetzlicher Erbfolge als Erbteil erhalten würden. Die pflichtteilsberechtigten Personen sind im allgemeinen[4]) die Abkömmlinge des Erblassers,[5]) dessen Eltern und der überlebende Ehegatte, dagegen nicht weitere Verwandte des Erblassers in der aufsteigenden Linie[6]) und auch nicht des Erblassers Geschwister.[7]) Vgl. § 2303.

Wer von den genannten Personen von der gesetzlichen Erbfolge durch Erbverzicht ausgeschlossen ist, hat selbstverständlich auch kein

---

fechtung von letztwilligen bzw. von erbvertragsmäßigen Verfügungen mit Erfolg angefochten worden ist.

[3]) Eine Ausnahme hiervon enthält auch nicht die nach § 2079 begründete Anfechtung eines Testaments und die nach § 2281 auf Grund des § 2079 zulässige Anfechtung eines Erbvertrags. Denn die Anfechtung wendet sich in diesen Fällen gegen eine Anordnung des Erblassers, die nach der Auffassung des Gesetzes als dem wirklichen Willen des Erblassers entsprechend nicht anzunehmen ist. Dies tritt mit besonderer Deutlichkeit darin hervor, daß im Falle eines Erbvertrags nach § 2281 zunächst der Erblasser selbst anfechtungsberechtigt ist, und daß die Anfechtung des Pflichtteilsberechtigten nach § 2285 entfällt, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls bereits erloschen war.

[4]) Durch das BGB. unberührt bleiben jedoch die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach welchen dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Pflichtteilsanspruch zusteht (Art. 139 EG.).

[5]) In betreff der pflichtteilsrechtlichen Stellung der unehelichen Kinder vgl. einerseits § 1589 Abs. 2 und andererseits § 1705 und hierzu oben § 8 d. D. Bemerkenswert ist ferner die Bestimmung des § 1712 Abs. 2. Darnach kann der Erbe des unehelichen Vaters, auf den die Pflicht zur Unterhaltung des unehelichen Kindes nach § 1712 Abs. 1 übergeht, das Kind mit dem Betrag abfinden, welcher dem Kinde als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre.

[6]) Die Pflichtteilsberechtigung ist somit nicht notwendig eine wechselseitige. Während z. B. der Enkel den Großeltern gegenüber pflichtteilsberechtigt ist, sind es diese nicht dem Enkel gegenüber.

[7]) In wesentlichen Punkten anders das röm. R. Vgl. Windscheid III § 579, Dernburg Pand. III § 149.

Digitized by Google

Pflichtteilsrecht (§§ 2346, 2349). Das Pflichtteilsrecht kommt ferner auch denjenigen nicht zu, gegen welche die Erbunwürdigkeit mit Erfolg geltend gemacht worden ist (§§ 2344, 2345); dasselbe gilt für diejenigen, welche zwar nicht auf das gesetzliche Erbrecht aber doch auf das Pflichtteilsrecht verzichtet haben (§ 2346 Abs. 2), oder auf welche sich ein solcher Verzicht miterstreckt (§ 2349), sowie für diejenigen, welchen der Erblasser den Pflichtteil rechtmäßig entzogen hat (§§ 2333 bis 2337).

Der Pflichtteil des im gegebenen Falle Pflichtteilsberechtigten, gleichviel ob es sich dabei um einen Abkömmling oder den Vater, die Mutter oder den überlebenden Ehegatten des Erblassers handelt, beläuft sich grundsätzlich auf die Hälfte des Wertes desjenigen Erbteils, welchen der Pflichtteilsberechtigte bei der gesetzlichen Erbfolge erhalten würde (§ 2303).

II. Aus dem Pflichtteilsrecht ergibt sich nicht immer, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen ein gegen den Erben oder den Miterben sich richtender Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Leistung des Pflichtteils.[8]) In dieser Beziehung muß folgendermaßen unterschieden werden:

1. Schlechthin begründet ist der Pflichtteilsanspruch nur, wenn der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser durch Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossen, und ihm ohne rechtmäßige Pflichtteilsentziehung auch sonst nichts hinterlassen ist. Der Anspruch geht dann auf Leistung der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303). Der eigentümliche Charakter des Pflichtteilsanspruchs wird aber in der Regel auch dadurch nicht geändert, daß der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil geradezu zugewendet hat; denn solche Zuwendung ist im Zweifel nicht als Erbeinsetzung[9]) anzusehen (§ 2304).

[8]) In der bisherigen Literatur zum BGB. werden Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch nicht selten identifiziert. Allein gewiß mit Unrecht; denn das Pflichtteilsrecht, aus dem ein Pflichtteilsanspruch nur unter gewissen Voraussetzungen entspringt, spielt eine wichtige Rolle auch dann, wenn im konkreten Falle ein Pflichtteilsanspruch nicht begründet ist. Vgl. z. B. §§ 2305, 2306, 2307, 2316, 2319, 2326.

[9]) In einer solchen Bestimmung liegt aber auch nicht (anders Herzfelder Erl. 2 z. § 2304) die Anordnung eines Vermächtnisses. Durch sie erklärt vielmehr der Erblasser nur ausdrücklich, daß der Pflichtteilsberechtigte auf den im Gesetz bestimmten Pflichtteilsanspruch beschränkt sein, diesen aber doch

Digitized by Google

2. Obschon der Pflichtteilsberechtigte als solcher kein Recht darauf hat, Erbe zu werden, so muß er sich doch zufrieden geben, wenn er, sei es als gesetzlicher Erbe, sei es kraft einer vom Erblasser getroffenen Verfügung von Todeswegen die Hälfte des Erbteils, welcher auf ihn bei eintretender gesetzlicher Erbfolge entfallen würde, oder mehr als diese Hälfte, unbeschränkt und unbeschwert als Erbe erlangt. Die Möglichkeit der Ausschlagung dieses Erwerbs bleibt dem Pflichtteilsberechtigten zwar offen; macht er aber von derselben Gebrauch, so erwächst ihm doch daraus ein Pflichtteilsanspruch gegen denjenigen, welcher Erbe wirklich wird, nicht.[10]) Vgl. §§ 2305, 2306.

Ist dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der kleiner ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kommt ihm, mag er diesen Erbteil nun annehmen oder ausschlagen, gegen den Miterben ein Pflichtteilsanspruch[11]) nur hinsichtlich des Wertes des-

---

haben solle. Letzteres ist besonders von Belang, wenn der Erblasser, nachdem er in einem früheren Testament die rechtmäßige Entziehung des Pflichtteils ausgesprochen hatte, diese in einem zweiten Testament durch Zuwendung des Pflichtteils wieder aufhebt (vgl. Kipp bei Windscheid III S. 398 unter d u. unten § 53 d. D.), außerdem aber auch nach der Richtung hin, daß in der ausdrücklichen Zuwendung des Pflichtteils an einen erbunwürdigen Pflichtteilsberechtigten unter Umständen eine mit den in den §§ 2343, 2345 bestimmten Wirkungen verbundene Verzeihung zu erblicken sein wird. Daß in der nach Maßgabe des § 2304 erfolgenden Zuwendung des Pflichtteils eine Vermächtnisverfügung nicht gelegen ist, ist schon wegen § 2307 und außerdem auch noch insofern von praktischer Erheblichkeit, daß der Pflichtteilsanspruch der Ausschlagung überhaupt nicht unterliegt (vgl. unten § 53 II d. D.). Wesentlich verschieden von der ausdrücklichen Zuwendung des Pflichtteils ist die Zuwendung eines Vermächtnisses zum Zwecke der Deckung eines Pflichtteils. In solchem Falle greift selbstverständlich § 2307 durch. Die Entscheidung darüber, ob das eine oder andere vorliegt, muß durch freie Beurteilung gewonnen werden. Kipp bei W. III S. 398d a. E. hält die beiden grundverschiedenen Fälle nicht hinreichend auseinander. Gegen ihn ist insbesondere zu bemerken, daß in der Gewährung eines Vermächtnisses eine „Zuwendung des Pflichtteils" im technischen Sinne niemals gelegen ist.

[10]) Darüber, daß nach Maßgabe des Gesetzes so entschieden werden muß, kann ein Zweifel nicht bestehen. Eine andere Frage ist, ob dem Pflichtteilsberechtigten in solchem Falle nicht unbedenklich hätte gestattet werden können, die Berufung zur Erbfolge auszuschlagen und den Pflichtteil in Geld zu verlangen.

[11]) Die Verbindlichkeit des Miterben ist selbstverständlich als Nachlaßverbindlichkeit zu behandeln. Wenn Wilke Anm. 1 z. § 2305 das Gegenteil

Digitized by Google

jenigen Anteils der Erbschaft zu, um welchen der hinterlassene Erbteil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurückbleibt (§ 2305).

3. Ist der als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte durch Einsetzung eines Nacherben, Voranstellung eines Vorerben,[12]) Ernennung eines Testamentsvollstreckers, eine Teilungsanordnung[13]) beschränkt[14]) oder durch Anordnung von Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so muß nach § 2306[15]) also unterschieden werden:

a) Wenn der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt,[16]) so gelten Beschränkungen und Beschwerungen der vorbezeichneten Art[17]) im

---

daraus schließen will, daß dem Pflichtteilsberechtigten lediglich der Miterbe haftet, so übersieht er, daß es bei Vorhandensein von Miterben nicht nur gemeinschaftliche, sondern auch nicht gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeiten gibt.

[12]) Das Gesetz (§ 2306 Abs. 2) drückt sich in dieser Beziehung also aus: „Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist."

[13]) Vgl. aber auch Anm. 17.

[14]) Hat der Erblasser in Ansehung des dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteils einen Ersatzerben eingesetzt, so ist darin eine für den Pflichtteilsberechtigten fühlbar werdende Beschränkung überhaupt nicht gelegen.

[15]) Vgl. hierzu v. Tuhr, DJZ. 1901 S. 121 ff., der den § 2306 daselbst einer berechtigten Kritik unterzieht.

[16]) Ob dies im konkreten Falle zutrifft, kann unter Umständen vorerst recht zweifelhaft sein. Man denke z. B. an den Fall, daß der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten in Ansehung seines unbeweglichen und einen extraneus in Ansehung seines beweglichen Vermögens als Erben eingesetzt hat. Hier hängt die Entscheidung der im Texte erwähnten Frage von der möglicherweise recht unsicheren Relation zwischen dem Werte des vom Erblasser hinterlassenen unbeweglichen Vermögens zu dem Werte des beweglichen Nachlasses ab.

[17]) Zu den vom Erblasser verfügten Beschränkungen, welche im Falle des Textes als nicht angeordnet gelten, gehören zufolge besonderer gesetzlicher Bestimmungen nicht: 1. Die vom Erblasser innerhalb des Rahmens des § 2312 (vgl. unten § 52 II 3. 2) getroffenen Teilungsanordnungen. 2. Die vom Erblasser in Ansehung des dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteils getroffene Bestimmung, daß dieser der elterlichen Verwaltung und Nutznießung oder dem ehemännischen Rechte oder der ehelichen Gütergemeinschaft nicht unterliegen soll. Vgl. §§ 1638, 1651 Nr. 2, 1686, 1369, 1440, 1526 Abs. 1, 1553. 3. Die vom Vater oder der Mutter nach Maßgabe der §§ 1852 bis 1854 in Ansehung der vormundschaftlichen Verwaltung des Vermögens eines pflichtteilsberechtigten Kindes angeordnete Befreiung. Vgl. Wilke S. 267, 268.

Digitized by Google

Interesse der Pflichtteilsberechtigten[18]) als nicht angeordnet.[19]) Ein Pflichtteilsanspruch ist daher für den Pflichtteilsberechtigten nur nach Maßgabe des unter Z. 2 a. E. Gesagten begründet (§ 2306 Abs. 1 Satz 1).

---

[18]) Die im Texte hervorgehobene Vorschrift des § 2306 greift dagegen sicherlich nicht ein, wenn der mit Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassene Erbteil vom Pflichtteilsberechtigten ausgeschlagen wird und infolgedessen einem Erben anfällt, der nicht pflichtteilsberechtigt ist. Die hinsichtlich der Erbteile der Miterben des Pflichtteilsberechtigten vom Erblasser angeordneten Beschränkungen und Belastungen bleiben durch die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1 grundsätzlich (vgl. aber doch auch § 2085) auch dann unberührt, wenn der Pflichtteilsberechtigte annimmt.

[19]) Von besonderer Wichtigkeit ist dabei der Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte durch Voranstellung eines Vorerben beschränkt ist. Trifft die Voraussetzung des Textes zu, so wird von der Voranstellung des Vorerben abgesehen, und gilt der Pflichtteilsberechtigte ohne weiteres als Erbe. Beachtung verdienen noch folgende Möglichkeiten: 1. Der Pflichtteilsberechtigte ist lediglich als Ersatzerbe für einen noch nicht weggefallenen Erstberufenen eingesetzt. Hat man dann die Einsetzung des Erstberufenen nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 als nicht angeordnet und den Pflichtteilsberechtigten somit als unmittelbar berufen anzusehen? Dies ist (im Gegensatz zu Kipp bei W. III S. 397a a. E.) zu verneinen. Dem Pflichtteilsberechtigten ist bei der angegebenen Sachlage zunächst nichts hinterlassen. Er kann daher den Pflichtteil verlangen. Wird aber die Ersatzberufung später praktisch, und nimmt der Pflichtteilsberechtigte den (nicht schon im voraus ausgeschlagenen) Erbteil an, so muß er den erhaltenen Pflichtteil wieder herausgeben bzw. bei der Auseinandersetzung mit den Miterben sich anrechnen lassen. Die Richtigkeit dieser Entscheidung ergibt sich auch aus der Vergleichung von § 2306 BGB. mit § 1981 Entwurf I (wo der Fall der Ersatzberufung des Pflichtteilsberechtigten als Beschränkung aufgefaßt wurde). Vgl. auch Protokolle V S. 510 u. Planck-Ritgen Erl. 2 a z. § 2306. 2. Der Pflichtteilsberechtigte ist unter einer gewillkürten und zur Zeit des Erbfalls noch schwebenden aufschiebenden Bedingung eingesetzt. Hierin ist mit Rücksicht auf § 2105 eine bedingte Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe zu erblicken. Es kann deshalb nicht ohne weiteres nach Maßgabe des § 2306 Abs. 1 Satz 1 vorgegangen werden. Denn nach der Absicht des Gesetzes soll die darin liegende Beschränkung der Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten, daß ihm ein Vorerbe vorzugehen hat, offenbar nur dann ohne weiteres als nicht angeordnet gelten, wenn die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherben eine unbedingte ist. Hängt dagegen die Berufung des Pflichtteilsberechtigten zur Nacherbfolge von einer noch schwebenden Bedingung ab, so ist vorerst noch ungewiß, ob dem Pflichtteilsberechtigten überhaupt etwas hinterlassen ist. Der Pflichtteilsberechtigte kann daher (und zwar ohne vorher ausschlagen zu müssen) sofort den Pflichtteil verlangen. Tritt später die Bedingung ein und schlägt der Pflichtteilsberechtigte nicht

Digitized by Google

b) Ist der dem Pflichtteilsberechtigten mit Beschränkungen und Beschwerungen der bezeichneten Art hinterlassene Erbteil dagegen größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils,[20]) so steht dem in

---

aus, so entscheidet sich dann nicht etwa nach rückwärts hin, daß die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe als unmittelbare Einsetzung zu gelten habe. An der in der Zwischenzeit eingetretenen Vorerbfolge wird vielmehr durch den Eintritt der Bedingung nichts geändert (§ 158). Bei der Auseinandersetzung mit den Miterben muß sich jedoch der Pflichtteilsberechtigte in seiner Eigenschaft als Nacherbe in Ansehung des der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils entsprechenden Anteils an der Erbschaft den erhaltenen Pflichtteil anrechnen lassen, so daß auf ihn praktisch nur dann etwas entfallen wird, wenn der Wert der Erbschaft nach dem für die Berechnung des Pflichtteils maßgebenden Zeitpunkte des Erbfalls gestiegen ist. Ganz anders Kipp bei W. III S. 397a a. E., der im Falle bedingter Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten für einen Erbteil, der nicht größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, die Einsetzung als unbedingte behandelt wissen will. 3. Ist dem Pflichtteilsberechtigten außer einem Erbteil auch noch ein Vermächtnis hinterlassen, so wird ihm hinsichtlich des Erbteils die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1 nur zu statten kommen können, wenn er das Vermächtnis ausschlägt. Vgl. auch Wilke S. 267 unter Z. 3.

[20]) Eigenartig gestalten sich die Verhältnisse in folgenden Fällen: 1. Der Pflichtteilsberechtigte ist zwar in Ansehung eines Erbteils, der größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, aber nur als Ersatzerbe eingesetzt. 2. Er ist in Ansehung eines solchen Erbteils unter einer gewillkürten, aber zur Zeit des Erbfalls noch unentschiedenen Bedingung eingesetzt. 3. Er ist in Ansehung eines Erbteils, der nicht größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils unmittelbar, aber mit Beschwerungen und Beschränkungen, und zu einem weiteren Erbteil, durch dessen Hinzukommen die Hälfte des gesetzlichen Erbteils überschritten würde, nur unter der condicio iuris des Wegfalls eines Miterben (Fälle der Anwachsung, der Ersatzberufung) berufen. 4. Es ist unmittelbar zu einem Erbteil wie unter Z. 3 und zu einem weiteren Erbteil nur unter einer gewillkürten aufschiebenden Bedingung berufen. Zu 1: Muß hier der Pflichtteilsberechtigte, um den Pflichtteil verlangen zu können, dasjenige, wozu er als Ersatzerbe eingesetzt ist, noch vor dem Wirksamwerden der Ersatzberufung ausschlagen? Die in Anm. 19 unter Z. 1 geltend gemachte Erwägung, daß dem Pflichtteilsberechtigten bei dieser Sachlage durch die Ernennung als Ersatzerbe noch nichts hinterlassen ist, führt zur Verneinung der Frage. Der Pflichtteilsberechtigte kann daher sofort den Pflichtteil begehren, gelangt er aber später auf Grund der Ersatzberufung zur Erbfolge, so muß er den erhaltenen Pflichtteil sich bei der Auseinandersetzung mit den Miterben anrechnen lassen bzw. denjenigen, welche durch das Tragen der Pflichtteilslast nachteilig berührt wurden, diese Nachteile wieder abnehmen. Zu Z. 2: Es wird ebenso zu entscheiden sein wie unter Z. 1. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2a z. § 2306. Anders Herzfelder Erl. 6 z. § 2306. Nach des letzteren

Digitized by Google

solcher Weise zur Erbfolge Berufenen die Möglichkeit offen, entweder den Erbteil mit den Beschränkungen, Beschwerungen mit der Wirkung anzunehmen, daß ein Pflichtteilsanspruch gar nicht zur Entstehung gelangt, oder aber den Erbteil auszuschlagen und von dem zur Erbfolge Gelangenden den Pflichtteil zu verlangen.[21]) Die Annahme

---

Auffassung würde der Pflichtteilsberechtigte während des Schwebens der Bedingung den Pflichtteil nur verlangen können, wenn er den eventuellen Erbteil aus der bedingten Einsetzung im voraus ausschlägt. Vgl. gegen diese Behandlung, die auch praktisch zu wenig befriedigenden Ergebnissen führt, noch die Ausführung in Anm. 19. Zu Z. 3: Tritt in diesem Falle die Behandlung nach Satz 1 oder nach Satz 2 von § 2306 Abs. 1 ein? Faßt man die Möglichkeit ins Auge, daß der Pflichtteilsberechtigte den ihm zunächst angefallenen Erbteil annimmt, so werden die auf diesen Erbteil gelegten Beschränkungen oder Beschwerungen vorläufig als nicht angeordnet zu gelten haben, und wird diese vorläufige Behandlung zur definitiven, sobald sich entscheidet, daß der Erwerb eines weiteren Erbteils durch den Pflichtteilsberechtigten ausgeschlossen ist. Es ist also bei dieser Sachlage Satz 1 von § 2306 Abs. 1 maßgebend. Kommt es dagegen nach der Annahme des zunächst angefallenen Erbteils zum Erwerb eines weiteren Erbteils, so scheint hierdurch nach rückwärts hin zu entscheiden zu sein, daß die auf den ersteren Erbteil gelegten Beschränkungen und Beschwerungen als zu Recht bestehend angesehen werden müssen. Aus der Eigenart der hiermit dargelegten Gestaltung dürfte aber wieder der weitere Schluß zu ziehen sein, daß dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit zugestanden werden muß, den ihm zunächst angefallenen Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen. Der entscheidende Grund hierfür wird darin erblickt werden dürfen, daß der Pflichtteilsberechtigte dem früher Gesagten zufolge nicht in der Lage ist, durch Annahme des ihm zunächst angefallenen Erbteils diejenige Sachlage herzustellen, welche nach Maßgabe von § 2306 Abs. 1 Satz 1 eintreten soll. Zu Z. 4: In gleicher Weise wie im Falle 3 wird auch hier zu entscheiden sein. Dabei ist zu berücksichtigen, daß, obschon in unserem Falle der Erwerb eines weiteren Erbteils von dem Eintritt einer gewillkürten Bedingung abhängig ist, doch der Nichteintritt dieses Erwerbes eine condicio iuris für das Definitivwerden der vorläufigen Behandlung nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 bildet.

[21]) Es tritt darnach schon von Rechtswegen dieselbe Behandlung ein, als ob der Erblasser sich der nach dem italienischen Juristen Marius Socinus dem Jüngeren aus Siena († 1556) sogenannten cautela Socini bedient und somit ausdrücklich angeordnet hätte, daß dem Pflichtteilsberechtigten nur die Wahl bleiben soll, entweder unter Ausschlagung des Hinterlassenen den Pflichtteil zu verlangen, oder aber das Hinterlassene mit allen Beschränkungen und Beschwerungen anzunehmen. Beachtenswerte Bedenken hiergegen bei v. Tuhr a. a. O. Er hebt mit Recht hervor, daß der Erblasser, wenn er von der Sociniſchen Kautel Gebrauch macht, regelmäßig auch angemessene

Digitized by Google

des hinterlassenen Erbteils kann es in diesem Falle mit sich bringen, daß der Pflichtteilsberechtigte aus dem Nachlasse weniger erhält, als den Pflichtteil. Das Gesetz trifft deshalb im Interesse des Pflichtteilsberechtigten die besondere Vorsorge, daß die Ausschlagungsfrist erst beginnt, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt.[22]) Vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 2.

War die Beschränkung oder Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen, so kann der Pflichtteilsberechtigte, dafern er hiervon keine Kenntnis hatte, die Ausschlagung anfechten.[23]) Vgl. § 2308 Abs. 1.[24])

Vorsorge für den Fall treffen wird, daß der Pflichtteilsberechtigte ausschlägt. Die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 greift dagegen schlechthin auch in Fällen durch, in denen der Erblasser eine Verfügung der früher erwähnten Art nicht getroffen hat, und führt dann auf weiten Umwegen zu demjenigen Ergebnis, welches § 2306 Abs. 1 Satz 2 vermieden wissen will. Vgl. auch § 2322 und dazu unten § 54 Anm. 14. Eine Abweichung von der Regel des § 2306 Abs. 1 Satz 2 enthält übrigens § 2318 (vgl. dazu unten § 54).

[22]) Hierdurch ist von dem Pflichtteilsberechtigten die Gefahr einer vorzeitigen Annahme durch Versäumung der Ausschlagungsfrist abgewendet. Nicht besonders vorgesehen ist im Gesetz dagegen der Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte in anderer Weise annimmt, ohne von den Beschränkungen und Beschwerungen (die vielleicht in einem erst hinterher aufgefundenen Testament enthalten sind) Kenntnis gehabt zu haben. Vgl. aber die folgende Anm. a. E.

[23]) Aus der allgemeinen Regel des § 119 würde sich ein solches Anfechtungsrecht nicht ergeben; denn die im Texte hervorgehobene Unkenntnis des Pflichtteilsberechtigten begründet für diesen nur einen Irrtum im Beweggrund. Die Rechtskonsequenz scheint übrigens zu verlangen, daß dem Pflichtteilsberechtigten durch Gewährung eines Anfechtungsrechtes auch in dem Anm. 22 bezeichneten Falle geholfen werde. Sachlich kommt insbesondere in Betracht, daß das Gesetz (§ 2308) dem Pflichtteilsberechtigten die Anfechtung der Ausschlagung durch besondere Bestimmung zu dem Zwecke ermöglicht, auf daß dieser infolge der Anfechtung *mehr* erlangen kann als den Pflichtteil. Es ist deshalb eine nicht abzuweisende Forderung der Gerechtigkeit, daß dem Pflichtteilsberechtigten in unserem Falle (wenigstens unter gewissen Umständen) die Anfechtung der Annahme zu dem Zwecke ermöglicht wird, auf daß er sich hierdurch *wenigstens den Pflichtteil ganz* sichern kann. Die Fassung des § 2308 spricht freilich gegen die Gewährung eines solchen Anfechtungsrechtes, und zur Rechtfertigung dieser abweisenden Haltung kann gesagt werden, daß der Pflichtteilsberechtigte keinen Schutz verdient, wenn er leichtfertig angenommen hat, ohne sich um die auf den hinterlassenen Erbteil gelegten Beschränkungen und Beschwerungen zu kümmern. Soweit dies zutrifft, ist dem Pflichtteilsberechtigten daher ein Recht zur Anfechtung der Annahme zu ver-

Digitized by Google

4. Mit einem ihm vom Erblasser gewährten Vermächtnisse braucht sich der Pflichtteilsberechtigte nicht abfinden zu lassen. Er kann es vielmehr ausschlagen und den vollen Pflichtteil beanspruchen[25]) Im Falle der Annahme des Vermächtnisses kann er den Pflichtteil soweit begehren, als dieser durch den Wert des vermachten Gegenstandes nicht gedeckt ist.[26]) Dieser Wert wird aber voll in Ansatz

---

sagen. Trifft den Pflichtteilsberechtigten dagegen der Vorwurf einer solchen Leichtfertigkeit nicht, so muß ihm durch die Rechtsprechung soweit geholfen werden, daß ihm der unverkürzte Pflichtteil verbleibt, und nötigenfalls also selbst durch Zulassung der Anfechtung der Annahme. Anders freilich Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2308.

[24]) S. übrigens auch §§ 1954 bis 1957 und dazu unten § 61 d. D. Schon hier mag aber hervorgehoben werden, daß die Anfechtung der Ausschlagung nach § 1957 als Annahme und somit in unserem Falle als Aufgebung des Pflichtteilsanspruchs wirkt. Ist der Pflichtteilsberechtigte daher in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist zur Anfechtung der Ausschlagung durch den Pflichtteilsberechtigten die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in gleicher Weise erforderlich wie zum Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch (vgl. §§ 1643, 1822 Nr. 2).

[25]) Kann in der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs eine stillschweigende Ausschlagung des Vermächtnisses erblickt werden? Die Entscheidung hängt von den Umständen ab. Die Frage ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn der Vermächtnisbeschwerte (dem gegenüber die Ausschlagung zu erklären ist) und derjenige, welcher im Falle der Ausschlagung des Vermächtnisses den Pflichtteil zu leisten hat, verschiedene Personen sind. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2307.

[26]) Die Entscheidungen des Textes sind jedenfalls auch dann festzuhalten, wenn der Pflichtteilsberechtigte mit einem befristeten Vermächtnis bedacht ist. Wie ist aber im Falle eines mit Beifügung einer aufschiebenden Bedingung hinterlassenen Vermächtnisses zu entscheiden? Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2307 und Herzfelder Erl. 2b z. § 2307 wollen dieselbe Behandlung eintreten lassen wie beim befristeten Vermächtnis. Die Ergebnisse hiervon wären: Während des Schwebens der Bedingung kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil nur verlangen, wenn er das Vermächtnis im voraus ausgeschlagen hat. Nimmt er das Vermächtnis dagegen im voraus an, so kann er, soweit der Wert des Vermächtnisses reicht, den Pflichtteil selbst dann nicht mehr verlangen, wenn die Erfüllung der Bedingung vereitelt wird. Wartet der Pflichtteilsberechtigte mit seiner Erklärung zu, bis die Erfüllung der Bedingung eingetreten oder vereitelt ist, so läuft er im letzteren Falle Gefahr, daß sein Pflichtteilsanspruch bereits verjährt ist. Alles dies ist wenig befriedigend. Dazu kommt noch, daß man dem Willen des Erblassers, der einem Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung hinterläßt, Gewalt antut, wenn man dessen Absicht im Sinne der

Digitized by Google

gebracht, selbst wenn die Vermächtnisanordnung Beschränkungen oder Beschwerungen der früher erwähnten Art enthält (§ 2307 Abs. 1).

Ist mit dem Vermächtnisse der Erbe[27]) beschwert, so kann er[28]) den Pflichtteilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses mit der Wirkung auffordern, daß das Vermächtnis als ausgeschlagen gilt, wenn die Annahme nicht vor dem Ablauf der Frist erklärt wird (§ 2307 Abs. 2).

War das Vermächtnis mit einer Beschränkung oder Beschwerung der früher bezeichneten Art hinterlassen, so kann der Pflichtteilsberechtigte die tatsächlich erfolgte oder als erfolgt anzusehende Ausschlagung anfechten, wenn die Beschränkung, Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen war und ihm dies nicht bekannt gewesen ist.[29]) Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten; im übrigen finden auch für sie die für die Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Vgl. §§ 2307, 2308.

Sociniſchen Kautel dahin auffaßt, daß der Pflichtteilsberechtigte nur die Wahl zwiſchen dem Pflichtteilsanſpruch und der Ausſicht auf das Vermächtnis, die ſich möglicherweiſe als eine illuſoriſche darſtellt, haben ſolle. Man denke insbeſondere an Fälle, in denen der Wert des vermachten Gegenſtandes den Pflichtteil erheblich überſteigt. Hier liegt doch ungleich näher die Annahme, daß der Pflichtteilsberechtigte mindeſtens den Pflichtteil, bedingungsweiſe aber noch mehr erhalten ſoll. Es ſcheint ſich daher die Entſcheidung zu rechtfertigen, daß der Pflichtteilsberechtigte während des Schwebens der Bedingung den Pflichtteil verlangen kann, ſich dieſen aber auf das ſpäter erworbene Vermächtnis anrechnen laſſen muß. Im Falle eines dem Pflichtteilsberechtigten mit Beifügung einer auflöſenden Bedingung zugewendeten Vermächtniſſes wird dagegen in Ermangelung einer anderen Beſtimmung des Erblaſſers durchaus nach Maßgabe von § 2307 vorzugehen ſein.

[27]) Für den Fall, daß ein Vermächtnisnehmer beſchwert iſt, gilt das im Texte Geſagte nicht. Anders mit Unrecht Wilke S. 269.

[28]) Mehrere Erben haben dieſes Recht gemeinſchaftlich auszuüben. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2307.

[29]) Hatte der Bedachte das Vermächtnis in Unkenntnis der Beſchränkungen oder Beſchwerungen angenommen, ſo wiederholt ſich die in Anm. 22 a. E. berührte Frage. Daß hierüber in Anm. 23 Geſagte wird entſprechend anzuwenden ſein.

Digitized by Google

III. In dem hier nicht weiter zu behandelnden ehegüterrechtlichen Falle des § 1511 Abs. 2 finden die für den Pflichtteilsanspruch geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

2. Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern.*)

§ 50.

Nicht ohne Schwierigkeit ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen den Eltern des Erblassers bei Vorhandensein von Abkömmlingen desselben und entfernteren Abkömmlingen bei Vorhandensein eines ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelnden näheren Abkömmlings ein Recht auf den Pflichtteil zukommt; § 2309[1]) bestimmt hierüber:

> Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

Der Ausgangspunkt dieser Bestimmung besteht darin, daß bei der gesetzlichen Erbfolge in aller Regel entferntere Abkömmlinge durch den noch lebenden näheren Abkömmling, der ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt, und die Eltern durch das Vorhandensein von Abkömmlingen des Erblassers ausgeschlossen werden. Grundsätzlich haben daher auch des Erblassers Eltern bei Vorhandensein von Abkömmlingen und entferntere Abkömmlinge bei Vorhandensein des ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelnden näheren Abkömmlings kein Pflichtteilsrecht.[2]) Die Geltung dieser Regel ist

---

*) Hellmann S. 227 ff., Schiffner S. 20 ff., Küntzel S. 449 ff., Ubbelohde in Iherings Jahrbüchern Bd. 39 S. 124 ff., ferner in eingehender Darstellung des Verfassers (d. Buches) Leipziger Dekanats-Programm (1899). Mit Rücksicht auf die Zustimmung, welche die Ausführungen des Programms gefunden haben, entfällt die in den Anm. zur 2. Aufl. enthaltene Polemik gegen verschiedene Schriftsteller insoweit, als diese ihre abweichenden Auffassungen selbst aufgegeben haben.

[1]) Über die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung vgl. Dekanats-Programm S. 6, 8.

[2]) „Demselben Stamme darf nicht zweimal ein Pflichtteil gewährt werden"; so Motive V S. 400; vgl. auch Protokolle V S. 512.

Digitized by Google

aber keine ausnahmslose. Zur Herausstellung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme diene folgendes:

I. Liegen auf seiten des dem Erblasser nächststehenden pflichtteilsberechtigten Abkömmlings[3]) — sei es, weil ihm gar nichts hinterlassen ist, sei es, weil er die Erbfolge in Ansehung eines die Hälfte des gesetzlichen Erbteils zwar übersteigenden, aber mit Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassenen Anteils an der Erbschaft, oder das ihm hinterlassene Vermächtnis ausgeschlagen hat — die Voraussetzungen vor, vermöge welcher er den vollen Pflichtteil verlangen kann, so sind die Abkömmlinge dieses Abkömmlings und die Eltern des Erblassers keinesfalls pflichtteilsberechtigt. Ob der pflichtteilsberechtigte Abkömmling von dem ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch auch Gebrauch macht, ist dabei ganz gleichgültig.[4])

Die entfernteren Verwandten des Erblassers — soweit sie pflichtteilsrechtlich überhaupt in Betracht kommen können — sind aber in concreto auch dann nicht pflichtteilsberechtigt, wenn der nächststehende Abkömmling den ihm gebührenden Pflichtteil lediglich in Gestalt desjenigen, was ihm als Erbteil oder Vermächtnis hinterlassen und von ihm auch angenommen worden ist, nach Maßgabe der §§ 2306, 2307 vollständig erhalten hat. Dasselbe gilt, wenn der nächststehende Abkömmling den Pflichtteil zwar nur zum Teile verlangen kann, hinsichtlich des anderen Teiles aber durch Annahme des ihm Hinterlassenen seine Deckung findet. Soweit nämlich hier der nächststehende Abkömmling den Pflichtteil verlangen kann, entfällt wegen der Möglichkeit dieses Verlangens das Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten und, soweit er den Pflichtteil nicht verlangen kann, entfällt es aus dem Grunde, weil der Pflichtteilsberechtigte das ihm Hinterlassene angenommen hat.

II. Eigentümlich kann sich die Sachlage gestalten, wenn der nächststehende Abkömmling, sei es auch nur in Ansehung eines Anteils der Erbschaft, aber unbeschränkt und unbeschwert im Sinne des

---

[3]) Hier und in der ganzen folgenden Darstellung wird, soweit das Gegenteil nicht besonders hervorgehoben ist, der Einfachheit wegen immer angenommen, daß nur ein nächststehender Abkömmling vorhanden ist.

[4]) Schief Frommhold S. 284 unter b. Er will die Vorschrift des § 2309 zu Gunsten der Eltern des Erblassers in Anwendung bringen, wenn der pflichtteilsberechtigte Abkömmling nach dem Erbfall durch Vertrag mit dem Erben (vgl. unten § 53 d. D.) auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet hat.

Digitized by Google

§ 2306 zur Erbfolge berufen ist. Schlägt nämlich der Abkömmling hier aus, so kann er, wenn der ausgeschlagene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht, einen Pflichtteilsanspruch nicht mehr stellen und, wenn der ausgeschlagene Erbteil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurückbleibt, nur in dem Maße, in welchem er den Pflichtteil auch im Falle der Annahme des Hinterlassenen hätte verlangen können. Soweit aber hier der nächststehende Abkömmling den Pflichtteil nicht verlangen kann, gibt § 2309 dem Pflichtteilsrecht der in concreto in Betracht kommenden entfernteren Verwandten derart Raum,[5]) daß diese, wenn der nächststehende Abkömmling von dem Rechte, den Pflichtteil zu verlangen, gänzlich ausgeschlossen ist, ein Anrecht[5a]) auf den vollen Pflichtteil haben, während ihnen, wenn der nächststehende Abkömmling den Pflichtteil nur zum Teile verlangen kann, ein um den Wert dieses Teiles geminderter Pflichtteil gebührt.[6])

III. Bisher ist vorausgesetzt worden, daß der dem Erblasser nächststehende Abkömmling die entfernteren Verwandten bei eintretender gesetzlicher Erbfolge von dieser ausschließen würde. Es kann sich aber auch anders verhalten:

1. Zunächst dann, wenn der nächststehende Abkömmling auf sein gesetzliches Erbrecht vollständig und in einer nach Lage des Falles wirksamen Weise verzichtet hat. Infolge dieses Verzichtes ist er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte; aus diesem Grunde hat er auch kein

---

[5]) Scheinbar anders Hellmann S. 228. Allein seine Darstellung ist widerspruchsvoll; was er im Texte behauptet, nimmt er in Anm. 1 wieder zurück.

[5a]) Wie sich im Falle des Textes die Ausübung des einem Entfernteren zukommenden Pflichtteilsrechtes im einzelnen gestaltet, hängt von den Umständen ab. Ist der Entferntere von der Erbfolge ausgeschlossen, und ist ihm auch sonst nichts hinterlassen, so hat er den Pflichtteilsanspruch; andernfalls finden auch hier die §§ 2306, 2307 Anwendung. In der weiteren Erörterung wird der Einfachheit wegen immer der erstere Sachverhalt vorausgesetzt.

[6]) Jeder Zweifel an der Richtigkeit dieses Ergebnisses vom Standpunkte der lex lata wird durch den Wortlaut des § 2309 ausgeschlossen. Die Kommissionsprotokolle (V S. 512) beweisen überdies, daß die Mehrheit der zweiten Kommission in der oben angegebenen Weise auch entscheiden wollte. In betreff der sachlichen Würdigung des Ergebnisses vgl. übrigens noch Dekanats-Programm S. 12.

Digitized by Google

Pflichtteilsrecht (§ 2346). Das Gleiche gilt auch für diejenigen Abkömmlinge des Verzichtenden, auf die sich die Wirkung des Verzichtes miterstreckt; und daß dies der Fall ist, hat man nach der ergänzenden Vorschrift des § 2349 ohne weiteres anzunehmen, dafern nur im Verzichtsvertrage ein anderes nicht geradezu bestimmt worden ist. Ist letzteres geschehen, so sind diejenigen Abkömmlinge des Verzichtenden pflichtteilsberechtigt, welche zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würden. Abgesehen hiervon hat der vom nächststehenden Abkömmling geleistete Erbverzicht die pflichtteilsrechtliche Folge, daß nunmehr das Pflichtteilsrecht der zur Zeit des Erbfalls noch lebenden Eltern des Erblassers zur Geltung gelangt.

Darauf, ob der verzichtende Abkömmling infolge einer von dem Erblasser getroffenen Verfügung von Todeswegen aus dem Nachlaß etwas erhält oder nicht, kommt hier für die pflichtteilsrechtliche Stellung der entfernteren Verwandten nichts an.[7]) Auch wenn das erstere zutrifft, so sind die in Betracht kommenden entfernteren Verwandten doch pflichtteilsberechtigt. Nicht minder gleichgültig ist, ob der Erbverzicht gegen eine Abfindung oder ohne solche geleistet worden ist. Mag die gegebene Abfindung auch noch so erheblich gewesen sein, so können die nach Maßgabe der Sachlage in Betracht

---

[7]) Anders Kipp bei W. III S. 399 unter Z. 2 und Herzfelder S. 600 Z. 3. Ersterer meint, daß, wenn der Verzichtende eine Zuwendung von Todeswegen erhalten und angenommen hat, der Pflichtteilsanspruch des Entfernteren soweit ausgeschlossen ist, als jene Zuwendung „reicht", und glaubt sich hierfür auf den Wortlaut des § 2309 berufen zu können. Allein Kipp verkennt hierbei, daß ein Abkömmling, der nicht bloß auf das Pflichtteilsrecht, sondern auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet hat, als ein Abkömmling, der entferntere Verwandte „im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde", nicht mehr in Betracht kommt. Wenn Kipp insbesondere bemerkt, daß der Verzichtende die Entfernteren kraft Gesetzes ja doch von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, so scheint er den Fall des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht dem Falle gleichstellen zu wollen, in welchem der Erblasser einen Abkömmling durch Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossen hat. Allein das Gesetz behandelt diese beiden Fälle durchaus verschieden. Vgl. §§ 2346 Abs. 1 Satz 2, 2310 Satz 2 im Gegensatz z. Satz 1, 2316 Abs. 1 Satz 2. Die sich infolgedessen herausstellenden praktischen Ergebnisse sind z. T. freilich nicht sachlich befriedigend. Mit den bescheidenen Mitteln der Gesetzesauslegung ist aber dagegen nicht aufzukommen. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. II 2 zu § 2309.

Digitized by Google

kommenden entfernteren Verwandten des Erblassers trotzdem den Pflichtteil verlangen.

2. Ist gegen den nächststehenden Abkömmling im Wege der Anfechtung die Erbunwürdigkeit mit Erfolg geltend gemacht worden (§§ 2339 bis 2345), so entfällt jeder erbrechtliche Erwerb des Abkömmlings (und daher auch der Pflichtteilsanspruch desselben) in gleicher Weise, wie er entfallen sein würde, wenn der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls nicht mehr gelebt hätte (§ 2344). An Stelle des erbunwürdigen Abkömmlings sind daher dessen Abkömmlinge und in Ermangelung solcher die Eltern des Erblassers pflichtteilsberechtigt.[8])

---

[8]) Erwägungen besonderer Art drängen sich auf, wenn folgende Momente zusammentreffen: 1. Gegenüber dem nach § 2339 erbunwürdigen und durch Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossenen nächststehenden Abkömmling des Erblassers ist die rechtzeitige Anfechtung des ihm ipso iure zukommenden Pflichtteilsanspruchs versäumt worden (§§ 2345, 2082). 2. Dem von dem Abkömmling geltend gemachten Pflichtteilsanspruch stellt aber dann der Erbe unter Berufung auf die Unwürdigkeit des Klägers die ihm nach den §§ 2345, 2083 zustehende peremptorische Einrede entgegen. Sind, wenn der Abkömmling infolgedessen abgewiesen wird, auch in diesem Falle die entfernteren Verwandten pflichtteilsberechtigt? Dies scheint verneint werden zu müssen. Die hiergegen von Endemann III S. 583 Anm. 11, Lehmann S. 854 Anm. 2, Wilke S. 265 Z. 2 a. E. geltend gemachten Bedenken sind nicht begründet. Wenn E. insbesondere bemerkt, daß der verpflichtete Erbe nach der hier vertretenen Ansicht durch Versäumung der Anfechtungsfrist die entfernteren Verwandten um ihr Recht bringen könne, so übersieht er, daß das Recht zur Anfechtung des Pflichtteilsanspruchs nach § 2345 Abs. 2 in Verbindung mit § 2341 nicht bloß dem mit dem letzteren belasteten Erben, sondern jedem zusteht, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines anderen, zu statten kommt, also auch den nach § 2309 in Betracht kommenden entfernteren Verwandten. Der uns hier beschäftigende Fall kann daher überhaupt nur eintreten, wenn die rechtzeitige Anfechtung von allen Anfechtungsberechtigten versäumt worden ist. Trifft aber dies zu, so hängt die Geltendmachung der früher erwähnten peremptorischen Einrede lediglich von dem Belieben des mit dem Pflichtteilsanspruch belasteten Erben ab, und scheint daraus wieder der Schluß gezogen werden zu müssen, daß der Erfolg der vorgebrachten Einrede lediglich dem Beklagten und nicht auch Dritten zu statten kommt. Außerdem ist noch zu erwägen, daß im Sinne des Gesetzes ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Falle besteht, in welchem ein Abkömmling den Pflichtteil nicht verlangen kann und dem weiteren Falle, in welchem dem an sich zulässigen Verlangen des Pflichtteilsberechtigten auf Leistung des Pflichtteils lediglich eine Einrede im technischen Sinn entgegensteht. Die

Digitized by Google

IV. Hat sich der nächststehende Abkömmling eines Vergehens schuldig gemacht, wegen dessen ihm vom Erblasser nach Maßgabe der §§ 2333, 2336, 2337 der Pflichtteil entzogen werden kann, so hängt die Beantwortung der Frage nach dem Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten vor allem davon ab, wie sich der Erblasser jenem Vergehen gegenüber verhält.

1. Ist eine letztwillige Verfügung, durch die dem Abkömmling in formgerechter Weise (§ 2336) der Pflichtteil entzogen wird, unterblieben, oder hat der Erblasser nach der von ihm verfügten Pflichtteilsentziehung dem Abkömmling verziehen (§ 2337), so findet das dem Abkömmling zur Last fallende Vergehen keine weitere pflichtteilsrechtliche Berücksichtigung.

2. Hat der Erblasser dagegen dem Abkömmling den Pflichtteil in formgerechter Weise entzogen und außerdem auch die entfernteren Verwandten von der Erbfolge ausgeschlossen, so sind mit Rücksicht auf § 2309 die letzteren pflichtteilsberechtigt.

Sieht der Erblasser von einer vollständigen Entziehung des Pflichtteils ab und setzt er somit den Pflichtteilsanspruch des Abkömmlings mit Rücksicht auf dessen Vergehen lediglich herab, so kommt den entfernteren Verwandten ein um den Betrag, welcher dem nächststehenden Abkömmling als Pflichtteil verbleibt, geminderter Pflichtteilsanspruch zu.

Gleichstellung beider Fälle müßte zu dem offenbar ganz verkehrten Ergebnis (in diesem Punkte richtig Wilke S. 285) führen, daß die Entfernteren nach § 2309 auch dann pflichtteilsberechtigt sind, wenn der Pflichtteilsanspruch des nächststehenden Abkömmlings mit Rücksicht auf die vom Beklagten geltend gemachte Einrede der Verjährung abgewiesen wird. Die Unhaltbarkeit der hier bekämpften Ansicht tritt mit besonderer Deutlichkeit auch dann hervor, wenn der Pflichtteilsberechtigte mehreren Erben gegenübersteht, von denen nur einer sich der vorerwähnten peremptorischen Einrede bedient. Die gegnerische Meinung würde endlich zu einer ganz verschiedenartigen Behandlung des eben besprochenen und des weiteren Falles führen, in welchem der unwürdige Pflichtteilsberechtigte ein ihm hinterlassenes und den Pflichtteilsanspruch deckendes Vermächtnis angenommen hat, und wo der Vermächtnisbelastete nach Versäumung der Frist zur Anfechtung des Vermächtnisses dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber mit Rücksicht auf dessen Unwürdigkeit das Leistungsverweigerungsrecht nach §§ 2345, 2083 geltend macht. Daß aber bei dieser Sachlage ein Pflichtteilsrecht der Entfernteren ausgeschlossen ist, steht nach § 2309 ganz außer Zweifel. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. II 1 § 2309.

Digitized by Google

3. Nicht ganz leicht zu entscheidende Fragen ergeben sich, wenn der Erblasser dem nächststehenden Abkömmling zwar etwas hinterläßt, im übrigen aber den Pflichtteil entzieht. Die zu Gunsten des nächststehenden Abkömmlings getroffene Zuwendung kann dabei einen sehr verschiedenen Inhalt haben.

a) Der Erblasser verfügt so, daß dem nächststehenden Abkömmling die Erbfolge hinsichtlich eines Bruchteils der Erbschaft angeboten wird, der zwar größer ist als die Hälfte des dem Abkömmling bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zukommenden Erbteils, dessen wirklicher Wert aber durch Beschränkungen oder Beschwerungen unter den Wert der Hälfte des (von Beschränkungen und Beschwerungen freien) gesetzlichen Erbteils herabgedrückt wird. Schlägt hier der Abkömmling aus, so wird, da er selbst den Pflichtteil nicht verlangen kann, das Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten praktisch.

Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Abkömmling das ihm Hinterlassene annimmt? Denkt man sich diese Annahme als durch einen Abkömmling erfolgt, dem der Erblasser das Pflichtteilsrecht nicht entzogen hat, so kann ein pflichtteilsrechtlicher Anspruch hinsichtlich desjenigen, um was der wirkliche Wert des Angenommenen hinter dem Werte des gesetzlichen Erbteils zurückbleibt, nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 überhaupt nicht mehr in Frage kommen. Weder dem Abkömmling selbst noch den entfernteren Verwandten des Erblassers steht hier ein solcher Anspruch zu. Es handelt sich also jetzt nur mehr darum, ob in unserem Falle in betreff der entfernteren Verwandten des Erblassers nicht vielleicht deshalb anders zu entscheiden ist, weil der annehmende nächststehende Abkömmling den Pflichtteil selbst dann nicht verlangen könnte, wenn er ausgeschlagen haben würde. Darauf darf mit voller Bestimmtheit gesagt werden, daß der Wortlaut des § 2309 in dieser Beziehung nicht den geringsten Unterschied macht. Hält man sich hieran, so würden also die entfernteren Verwandten auch in dem uns hier beschäftigenden Falle den vorhin erwähnten Wertunterschied als Pflichtteil nicht verlangen können.[9]) Aus später auszuführenden Gründen muß aber die Entscheidung doch anders lauten.

b) Dieselbe Beurteilung wie im Falle unter a) hat auch einzu-

---

[9]) Vgl. auch Ubbelohde S. 131, 132; seine Ausführungen führen übrigens zu einer wirklichen Erledigung der einschlagenden Fragen nicht.

Digitized by Google

treten, wenn der Erblasser dem Abkömmling in Verbindung mit Beschränkungen und Beschwerungen ein Vermächtnis hinterläßt, dessen Wert abgesehen von den Beschränkungen oder Beschwerungen ebenso groß oder noch größer ist als der Betrag des Pflichtteils. Erfolgte die Annahme eines solchen Vermächtnisses durch einen Abkömmling, der im Falle der Ausschlagung den Pflichtteil verlangen könnte, so würden die entfernteren Verwandten des Erblassers von der Geltendmachung eines Pflichtteilsrechts zweifellos ausgeschlossen sein. Auch diese Entscheidung wird hier nicht festgehalten werden können. Vgl. hierüber unten S. 436.

c) Die Verfügung des Erblassers kann auch dahin gehen, daß der nächststehende Abkömmling genau die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils als Erbe haben solle, mit Rücksicht auf sein Vergehen, wegen dessen ihm das Pflichtteilsrecht entzogen werde,[10]) aber nur mit den ihm auferlegten Beschränkungen und Beschwerungen. Schlägt der in dieser Weise bedachte Abkömmling aus, so sind die entfernteren Verwandten nach Maßgabe von § 2309 gewiß pflichtteilsberechtigt.

Wie ist aber die pflichtteilsrechtliche Stellung der entfernteren Verwandten zu beurteilen, wenn der nächststehende Abkömmling das ihm in der angegebenen Weise Hinterlassene annimmt? Die Antwort hierauf wird am Schlusse dieser Erörterung gegeben werden.

d) Es ist endlich noch die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß der Erblasser dem nächststehenden Abkömmling, unter Entziehung jedes spezifisch pflichtteilsrechtlichen Anspruchs einen Erbteil hinterläßt, der kleiner ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, oder ein Vermächtnis, dessen Wert hinter dem Werte des Pflichtteils zurückbleibt, aber — so soll für beide Fälle vorläufig angenommen werden — ohne Beschränkungen oder Beschwerungen.

Außer allem Zweifel steht, daß die entfernteren Verwandten des Erblassers bei dieser Gestaltung ein Anrecht auf den vollen Pflichtteil haben, wenn der nächststehende Abkömmling das ihm Hinterlassene ausschlägt. Diese Lösung drängt aber wieder zu dem Schlusse, daß die entfernteren Verwandten im umgekehrten Falle, d. h. wenn der nächststehende Abkömmling das ihm Hinterlassene annimmt, doch

---

[10]) Läge diese Entziehung nicht vor, so würden die Beschränkungen und Beschwerungen nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 als nicht angeordnet zu gelten haben.

Digitized by Google

insoweit pflichtteilsberechtigt sind, als der in Ansatz zu bringende Wert des vom nächststehenden Abkömmling Angenommenen hinter dem Betrage zurückbleibt, den die in concreto in Betracht kommenden entfernteren Verwandten zusammen im Falle der Ausschlagung des nächststehenden Abkömmlings als Pflichtteil verlangen können. Die Protokolle beweisen überdies, daß die zweite Kommission diesen Gedanken im jetzigen § 2309 zum Ausdruck bringen wollte und durch die gewählte Fassung zum Ausdruck auch gebracht zu haben glaubte.[11]) Bei sorfältiger Prüfung erweist sich die Voraussetzung der Kommission freilich als unzutreffend.

Nach der Vorschrift des § 2309 sind die entfernteren Verwandten des Erblassers

> insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

Was soll hier das „*insoweit*" ausdrücken? Es will offenbar auf Fälle hinweisen, in denen den entfernteren Verwandten des Erblassers ungeachtet des Vorhandenseins eines Abkömmlings, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, ein Pflichtteilsrecht zukommt, aber nicht das Recht auf den vollen, sondern nur auf einen mit Rücksicht auf die eigenartige pflichtteilsrechtliche Stellung des nächststehenden Abkömmlings geminderten Pflichtteil. Nach der hiermit bezeichneten Richtung hin kommen zwei Hauptmöglichkeiten in Betracht.

Eine davon liegt vor bei der oben unter Z. 2 a. E. hervorgehobenen Gestaltung, wo der nächststehende Abkömmling, obschon ihm vom Erblasser sonst nichts hinterlassen ist, den Pflichtteil doch nur teilweise verlangen kann. Wenn § 2309 für diesen Fall bestimmt, daß die entfernteren Verwandten insoweit nicht pflichtteilsberechtigt sind, als der nächststehende Abkömmling den Pflichtteil verlangen kann, so ist dies vollkommen verständlich.

Liegen die Verhältnisse dagegen — und das ist die zweite Hauptmöglichkeit — so, daß der nächststehende Abkömmling den Pflichtteil *nicht* verlangen kann, so greift die wenig durchsichtige Vorschrift ein, daß die entfernteren Verwandten *insoweit nicht*

---

[11]) Vgl. Protokolle V S. 513 und die Ausführungen von *Küntzel* S. 450.

Digitized by Google

pflichtteilsberechtigt sind, als der nächststehende Abkömmling das ihm Hinterlassene annimmt.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes soll sich also das Maß der in dem bezeichneten Falle eintretenden Minderung des Pflichtteilsanspruchs der entfernteren Verwandten nicht nach dem Werte des von dem nächststehenden Abkömmling aus dem Nachlaß Erlangten bestimmen, sondern vielmehr nach dem Verhältnis,[11a]) in welchem das vom nächststehenden Abkömmling Angenommene zu dem ihm Hinterlassenen steht. Infolge des Strebens nach Kürze des Ausdrucks ist hiermit etwas gesagt, was folgerichtigerweise vom Gesetzgeber gar nicht gewollt sein kann, und gewiß auch nicht gewollt ist.[12])

Der Auslegung erwächst daher das Recht und die Pflicht, die wirkliche Absicht des Gesetzes auch gegen den Wortlaut desselben zur Geltung zu bringen. Die Lösbarkeit dieser Aufgabe wird aber wesentlich dadurch erleichtert, daß es sich hier um einen Punkt handelt, hinsichtlich dessen die wirkliche Absicht des Gesetzes nicht nur aus den Beratungsprotokollen, sondern auch aus der logischen Entwickelung des im § 2309 sich ausprägenden Grundgedankens erschlossen werden kann. Die schon im Eingange dieser Erörterung gewonnene Entscheidung ist daher trotz der irreführenden Fassung des § 2309 dahin festzuhalten, daß die entfernteren Verwandten in unserem Falle einen um den Wert des vom nächststehenden Abkömmling angenommenen Erbteils bzw. Vermächtnisses geminderten Pflichtteil verlangen können.

Nochmals zu berühren und zugleich zur endgültigen Erledigung zu bringen bleibt jetzt nur mehr die Frage, ob das dem nächststehenden Abkömmling Hinterlassene und von ihm auch Angenommene

---

11a) Wenn Lehmann S. 854 Anm. 4 bemerkt, daß das „insoweit" im § 2309 nicht als gleichbedeutend mit „im Verhältnis", sondern im Sinne „in der Ausdehnung" gebraucht sei, so ist damit nichts gewonnen. Denn nach der Fassung des § 2309 könnte sich auch diese „Ausdehnung" nur auf die Annahme und nicht auf den effektiven Wert des aus dem Nachlaß Erlangten beziehen.

12) Vgl. dazu § 1950 und § 2180 Abs. 3. Einzelne Fälle, in denen es möglich ist, daß jemand von dem ihm Hinterlassenen das eine annimmt und das andere ausschlägt, ergeben sich allerdings aus § 1951, oder wenn jemandem neben der Erbfolge auch ein Vermächtnis oder mehrere Vermächtnisse nebeneinander angeboten sind. Es kann aber zugleich als völlig sicher gelten, daß gerade diese Fälle durch § 2309 nicht getroffen werden wollten.

Digitized by Google

als Abzugspost bezüglich des den entfernteren Verwandten gebührenden Pflichtteils unter allen Umständen voll in Ansatz zu bringen ist, also auch dann, wenn der Abkömmling den Erwerb nur unter Beschränkungen oder in Verbindung mit Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art gemacht hat? Bisher ist in dieser Beziehung lediglich festgestellt worden, daß der Wortlaut des § 2309 einen Anhaltspunkt zur Verneinung der Frage nicht gibt. Auf dieselbe fällt aber jetzt durch das soeben über die Absicht des Gesetzes Gesagte neues Licht.

Denn ist diese Absicht in der Tat darauf gerichtet, daß die in Betracht kommenden entfernteren Verwandten des Erblassers a) den Pflichtteil ganz erhalten sollen, wenn der Erblasser seinem nächststehenden Abkömmling das Anrecht auf den Pflichtteil ganz entzogen und auch nichts hinterlassen hat, und daß sie, b) wenn der Erblasser dem nächststehenden Abkömmling das Anrecht auf den Pflichtteil zwar entzogen, aber doch etwas hinterlassen hat, wenigstens insoweit pflichtteilsberechtigt sein sollen, als das von dem nächststehenden Abkömmling aus dem Nachlaß Erworbene hinter dem vollen Betrage des den entfernteren Verwandten eventuell gebührenden Pflichtteils zurückbleibt, — dann kann es folgerichtig nicht in das Belieben des Erblassers gestellt sein, das Recht der entfernteren Verwandten auf den Pflichtteil dadurch zu schmälern oder ganz auszuschließen, daß er dem nächststehenden Abkömmling zwar etwas — sagen wir die ganze Erbschaft — hinterläßt, aber in Verbindung mit Beschränkungen und Beschwerungen, so daß hierdurch der Wert des Erlangten weit unter den Betrag herabgedrückt wird, der bei gänzlicher Ausschließung des nächststehenden Abkömmlings den entfernteren Verwandten als Pflichtteil entrichtet werden müßte.

Daß bei Vorhandensein eines nächststehenden Abkömmlings, dem der Pflichtteil vom Erblasser nicht entzogen werden kann oder doch nicht entzogen worden ist, das von diesem Abkömmling aus dem Nachlaß Angenommene in den Fällen des § 2306 Abs. 1 Satz 2 und des § 2307 trotz der auferlegten Beschränkungen und Beschwerungen voll in Ansatz zu bringen ist, kann für die uns hier beschäftigende Frage nicht entscheidend sein. Denn, wo das eben Gesagte zutrifft, konnte der nächststehende Abkömmling im Falle der Ausschlagung des ihm Hinterlassenen den Pflichtteil verlangen, und ist daher auch die Annahme des mit Beschränkungen und Beschwerungen Hinterlassenen unter demselben Gesichtspunkte zu beurteilen wie die

Digitized by Google

Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach erfolgter Ausschlagung des Hinterlassenen.[13]) Die Willkür des Erblassers spielt dabei jedenfalls keine Rolle.

In den hier in Frage stehenden Fällen verhält es sich dagegen ganz anders. Denn für den von der Geltendmachung des Pflichtteilsrechtes ausgeschlossenen Abkömmling liegt, selbst wenn ihm das Hinterlassene nur mit Beschränkungen und Beschwerungen angeboten ist, doch ein starker Anreiz zur Annahme vor, weil er im Falle der Ausschlagung den Pflichtteil ja doch nicht verlangen könnte und somit gar nichts erhielte. Nicht mehr abzuweisen ist daher auch der Schluß, daß das in den hierher gehörenden Fällen vom nächststehenden Abkömmling Angenommene bei der Berechnung des den entfernteren Verwandten gebührenden Pflichtteils als Abzugspost nur mit dem Werte[14]) in Ansatz zu bringen ist, welcher sich bei entsprechender Berücksichtigung der Beschränkungen und Beschwerungen als der effektive herausstellt.[15])

V. Besonderer Beachtung bedarf jetzt noch der Fall, daß der nächststehende Abkömmling zwar nicht auf sein gesetzliches Erbrecht (vgl. oben unter III 3. 1), sondern nur auf das Pflichtteilsrecht (vgl. § 2346 Abs. 2) Verzicht geleistet hat.[16]) Von der gesetzlichen Erbfolge ist ein solcher Abkömmling nicht ausgeschlossen. Kommt es zu dieser, so geht er also seinen Abkömmlingen und den Eltern des Erblassers vor. Ist der verzichtende Abkömmling jedoch durch vom Erblasser getroffene Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er den Pflichtteil nicht verlangen; dasselbe gilt, sofern ein anderes im Verzichtsvertrage nicht besonders bestimmt worden ist, nach § 2349 auch in betreff der Abkömmlinge des Verzichtenden.

Es greift daher, aber regelmäßig nur zu Gunsten der Eltern

---

[13]) Vgl. auch Motive V S. 504.

[14]) Bei der Ermittelung dieses Wertes ergeben sich dann freilich gerade diejenigen Rechnungsschwierigkeiten, deren völlige Beseitigung in den §§ 2306, 2307 bei den durch sie getroffenen Fällen angestrebt wird.

[15]) Zustimmend Planck-Ritgen Erl. I 2 d zu § 2309.

[16]) Verfehlt ist es, wenn Frommhold S. 284 unter b in diesem Zusammenhang von dem nach dem Erbfall durch Vertrag mit dem Erben erfolgenden Verzicht auf den bereits definitiv erworbenen Pflichtteilsanspruch redet. Vgl. auch Anm. 4.

Digitized by Google

des Erblassers und nur ausnahmsweise zu Gunsten der Abkömmlinge des Verzichtenden die Vorschrift des § 2309 ein.[17]) Demgemäß können in dem vorausgesetzten Falle die in concreto in Betracht kommenden entfernteren Verwandten den Pflichtteil ganz verlangen, wenn dem von der Erbfolge ausgeschlossenen Abkömmling auch sonst nichts hinterlassen ist. Hat jedoch der Erblasser dem nächststehenden Abkömmling ungeachtet des von diesem geleisteten Pflichtteilverzichtes etwas hinterlassen, so kann nach Maßgabe des vom Gesetze schon einmal eingenommenen Standpunktes die Beurteilung keine andere sein als in dem oben unter IV Z. 3 behandelten Falle, wo der Erblasser dem nächststehenden Abkömmling, der sich einer der im § 2333 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht hat, zwar etwas hinterlassen, im übrigen aber den Pflichtteil entzogen hat.

VI. Über das Verhältnis des § 2309 zu § 2310 und zu den Vorschriften der §§ 2315, 2316 kann erst in anderem Zusammenhang gesprochen werden. Vgl. §§ 51, 55, 56 d. Darstellung.

3. Der gesetzliche Erbteil als Grundlage der Pflichtteilsberechnung.

§ 51.

I. Für die Berechnung des Pflichtteils ist die Feststellung desjenigen Erbteils von maßgebender Bedeutung, welcher auf den Pflichtteilsberechtigten bei der gesetzlichen Erbfolge entfallen würde. Die sich hierbei ergebende Frage, wer zum Zwecke dieser Feststellung

---

[17]) Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 2 Z. 2 a. E. z. § 2309. Unzutreffend Herzfelder S. 599 vor III u. S. 600 Z. 4, der den Entfernteren in diesem Falle jeden Pflichtteilsanspruch abspricht, weil sie hier von der gesetzlichen Erbfolge schon durch das Vorhandensein des nächststehenden Abkömmlings ausgeschlossen seien. Allein dies ist der Bestimmung des § 2309 gegenüber ohne jeden Belang. Denn nach § 2309 kann es sich doch auch sonst ergeben, daß Entferntere pflichtteilsberechtigt sind, obschon sie bei der in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers eintretenden regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge schon durch das Vorhandensein eines näheren Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wären. Herzfelder ist in seiner Ausführung zu § 2309 offenbar bemüht, dessen Vorschriften der im Dekanatsprogramm geübten sachlichen Kritik gegenüber als weniger bedenklich erscheinen zu lassen, als sie es wirklich sind. Allein § 2309 ist leider so geartet, daß selbst durch inkonsequente Ausschaltung einzelner Ergebnisse nicht geholfen werden kann. Es liegt ein durch Redensarten nicht zu verkleisternder tief sitzender organischer Fehler vor.

Digitized by Google

neben dem Pflichtteilsberechtigten mit in Ansatz zu bringen ist, entscheidet § 2310 also:

1. „Wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wird nicht mitgezählt."

2. Mitzuzählen ist dagegen:

a) wer von der gesetzlichen Erbfolge durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen ist, und zwar selbst dann, wenn dem Ausgeschlossenen wegen einer ihm zur Last fallenden Verfehlung der Pflichtteil rechtmäßig entzogen worden ist;[1])

b) desgleichen derjenige, welcher die Erbschaft ausgeschlagen hat, oder

c) für erbunwürdig erklärt worden ist;

d) endlich auch derjenige, welcher nicht auf sein gesetzliches Erbrecht, sondern lediglich auf das Pflichtteilsrecht verzichtet hat.

II. Aus den unter I Z. 2 aufgeführten Entscheidungen ergibt sich, daß sich das Gesetz in seinem § 2310 auf einen von dem im § 2309 eingenommenen wesentlich verschiedenen Standpunkt gestellt hat. Dies tritt besonders nach folgenden Richtungen hin hervor:

Kann der einzige kinderlose Abkömmling des Erblassers, obschon er aus dem Nachlaß nichts erhalten hat, den Pflichtteil aus dem Grunde nicht verlangen, weil er die ihm zur Hälfte seines gesetzlichen Erbteils angebotene Erbfolge ausgeschlagen hat, oder weil er für erbunwürdig erklärt, oder weil ihm der Pflichtteil rechtmäßig entzogen worden ist, oder weil er zwar nicht auf das gesetzliche Erbrecht, aber doch auf das Pflichtteilsrecht verzichtet hat, so kommt er pflichtteilsrechtlich gar nicht in Betracht, so daß infolgedessen nach § 2309 das Pflichtteilsrecht der Eltern des Erblassers zur Geltung gelangt. Sind dagegen zwei Abkömmlinge des Erblassers vorhanden, die bei der gesetzlichen Erbfolge nebeneinander zur Erbfolge gelangen würden, und liegt hinsichtlich eines derselben ein Umstand der vorhin bezeichneten Art vor, vermöge dessen er den Pflichtteil nicht verlangen kann, so

[1]) Hierbei ist übrigens wohl zu beachten, daß bei der gesetzlichen Erbfolge mit Personen, die grundsätzlich pflichtteilsberechtigt sind (§ 2303), auch solche Personen zusammentreffen können, denen die Pflichtteilsberechtigung schlechthin fehlt. Man denke insbesondere an die Möglichkeit des Zusammentreffens der nicht pflichtteilsberechtigten Geschwister des Erblassers oder der Abkömmlinge von Geschwistern mit einem Elternteil oder mit dem überlebenden Ehegatten, oder des Zusammentreffens der nicht pflichtteilsberechtigten Großeltern des Erblassers mit dem überlebenden Ehegatten.

Digitized by Google

wird dieser Abkömmling nach § 2310 bei der Berechnung des dem anderen Abkömmling zukommenden Pflichtteils zum Nachteil desselben mit in Anschlag gebracht. Ferner: Kann des Erblassers einziger Abkömmling wegen einer vom Erblasser rechtmäßig ausgesprochenen teilweisen Pflichtteilsentziehung den Pflichtteil nur teilweise verlangen, so ist nach § 2309, soweit der Abkömmling den Pflichtteil nicht verlangen kann, und unter der Voraussetzung, daß entferntere Abkömmlinge nicht vorhanden sind, dem Pflichtteilsrechte der Eltern Raum gegeben. Bei Vorhandensein von zwei Abkömmlingen des Erblassers, die bei der gesetzlichen Erbfolge nebeneinander erben würden, kann dagegen mit Rücksicht auf § 2310 der Umstand, daß der eine von ihnen aus dem vorerwähnten Grunde den Pflichtteil nur zum Teile verlangen kann, dem anderen Abkömmling niemals zu statten kommen.

Auf Grund dieser Ergebnisse sind aber jetzt zur Feststellung des Verhältnisses der Bestimmung des § 2310 zu der des § 2309 noch weitere Fragen zu stellen. Sie sollen auf Grundlage nachstehender Beispiele ihre Erörterung finden:

1. Nachlaß = 20000. Von Verwandten, die bei der gesetzlichen Erbfolge in Betracht kommen könnten, sind nur vorhanden: zwei Söhne des Erblassers A und B und des Erblassers Vater V. Alle diese Verwandten hat der Erblasser, indem er den extraneus E als Erben einsetzte, von der Erbfolge ausgeschlossen, außerdem hat er dem Sohne B den Pflichtteil rechtmäßig entzogen. Nach § 2310 ist der Pflichtteil des A mit Rücksicht darauf, daß B mit in Anschlag zu bringen ist, $= \frac{10000}{2} = 5000$.

2. Nimmt man unter sonst gleichen Verhältnissen an, daß der Erblasser seinem Sohne B den Pflichtteil nicht vollständig entzogen, sondern nur auf 3000 herabgesetzt hat, so würde A 5000 und B 3000 als Pflichtteil verlangen können.

3. War der Erblasser in der Lage, beiden Söhnen den Pflichtteil zu entziehen und hat er von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht, so würde, weil keiner der Abkömmlinge den Pflichtteil verlangen kann, nach § 2309 das Pflichtteilsrecht des Vaters zur Geltung kommen. Sein Pflichtteil würde betragen: $\frac{20000}{2} = 10000$.[2])

[2]) Denkt man sich den Fall so, daß außer dem Vater auch noch die Mutter des Erblassers am Leben ist, und daß bezüglich der letzteren ein

Digitized by Google

4. Endlich sei noch angenommen, daß der Erblasser, obschon er in der Lage war, seinen beiden Söhnen den Pflichtteil vollständig zu entziehen, sich damit begnügt hat, deren Pflichtteile auf je 3000 herabzusetzen. Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 2309 kann hier nicht bezweifelt werden,[3]) daß, soweit A und B ihre vollen Pflichtteile nicht verlangen können, für das Pflichtteilsrecht des V Raum bleibt; dieser kann daher als Pflichtteil beanspruchen: 10000 (voller Pflichtteilsbetrag) — 6000 (d. i. das, was A und B zusammen als Pflichtteil verlangen können) = 4000.

Gegenstand der Frage kann jetzt nur mehr sein, ob nicht auch in den Fällen unter Z. 1 und 2 mit Rücksicht auf § 2309 gesagt werden muß, daß V insoweit pflichtteilsberechtigt ist, als B den Pflichtteil nicht verlangen kann, so daß also V im Falle unter Z. 1 den Betrag von 5000 und im Falle unter Z. 2 den von 2000 als Pflichtteil für sich in Anspruch nehmen kann. Die vorgelegte Entscheidung ist freilich eine seltsame; denn unserem Rechtsgefühl würde es zweifellos besser entsprechen, wenn in Fällen dieser Art sich der Pflichtteil des A um das erhöhte, was B als Pflichtteil nicht verlangen kann. Allein diese Lösung ist durch § 2310 unbedingt ausgeschlossen. Man steht also nur mehr vor der Wahl, das, was B als Pflichtteil nicht verlangen kann, entweder dem V zuzuweisen, oder dem eingesetzten E zu belassen. Mit Rücksicht auf § 2309 und in Konsequenz der bereits festgestellten Ergebnisse wird man sich für das erstere entscheiden müssen.[4])

Umstand vorliegt, vermöge dessen sie, obschon sie aus dem Nachlaß nichts erhalten hat, den Pflichtteil nicht verlangen kann, so würde sich freilich der Pflichtteil des Vaters nur auf 5000 belaufen.

[3]) Denn es kann unmöglich in der Absicht des Gesetzes gelegen sein, daß V im Falle des Textes schlechter gestellt sein soll, als er gestellt sein würde, wenn der Erblasser nur einen Sohn hinterlassen und diesem den Pflichtteil mit Recht herabgesetzt hätte.

[4]) Gegen die Entscheidung des Textes scheint im ersten Augenblick freilich zu sprechen, daß V in den hierher gehörenden Fällen von der gesetzlichen Erbfolge nicht erst durch die vom Erblasser getroffene letztwillige Anordnung (§ 2303), sondern schon durch das Vorhandensein des Sohnes A von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sei (vgl. auch Dekanatsprogramm S. 18 oben). Allein diese von anderen aufgenommene Erwägung (vgl. z. B. Beyer S. 84) ist der Bestimmung des § 2309 gegenüber nicht durchschlagend. Denn wenn auch nur ein Abkömmling vorhanden ist, der sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, wegen der ihm der Pflichtteil entzogen werden kann

Digitized by Google

III. Zu sehr bemerkenswerten Ergebnissen kann das Eingreifen des § 2310 in Fällen führen, wo der überlebende Ehegatte als pflichtteilsberechtigt in Betracht kommt. Folgende Gestaltungen verdienen besonders hervorgehoben zu werden:

Wenn der überlebende Ehegatte neben Verwandten erster Ordnung zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würde, so entfiele auf ihn nach § 1931 ein Viertel der Erbschaft als gesetzlicher Erbteil. Sein Pflichtteil beläuft sich im vorausgesetzten Falle also auf ein Achtel der Erbschaft. Hierbei bleibt es nach § 2310 selbst dann, wenn der einzige Abkömmling des Erblassers, obschon er aus dem Nachlaß nichts erhalten hat, aus irgend einem Grunde den Pflichtteil nicht verlangen kann, und infolgedessen nach § 2309 das Pflichtteilsrecht des noch lebenden und von den Verwandten zweiter Ordnung allein in Betracht kommenden Vaters des Erblassers zur Geltung gelangt. Das Eigentümliche hierbei ist, daß die Bestimmung des Pflichtteils des Vaters nach ganz anderen Grundsätzen zu erfolgen hat, als die Berechnung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten. Denn während für diese nach § 2310 derjenige gesetzliche Erbteil als Grundlage zu dienen hat, der auf den überlebenden Ehegatten entfiele, wenn neben ihm der Abkömmling zur Erbfolge gelangte, muß der Bestimmung des Pflichtteils des Vaters des Erblassers diejenige Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge zu Grunde gelegt werden, welche sich ergibt, wenn der Vater als einziger Verwandter zweiter Ordnung mit dem überlebenden Ehegatten zusammentrifft. In diesem Falle würde aber die Erbschaft zur Hälfte dem Vater und zur anderen Hälfte dem überlebenden Ehegatten zukommen (§ 1931), so daß der auf ein Viertel der Erbschaft sich belaufende Pflichtteil des Vaters zwar kleiner ist als der Pflichtteil, welcher auf den Sohn des Erblassers entfallen sein würde, dafern er pflichtteilsberechtigt wäre, aber trotz der §§ 1931 und 2303 doppelt so groß als der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten.[5])

würde V schon wegen des Vorhandenseins dieses Abkömmlings von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein. Trotzdem greift zu Gunsten des V § 2309 ein. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2310.

[5]) Diese schon in des Verfassers Dekanatsprogramm S. 13 ff. enthaltene Darlegung hat seitdem allgemeine Zustimmung gefunden.

Digitized by Google

4. Der Betrag des Pflichtteils.

§ 52.

I. Hat der Pflichtteilsberechtigte die Deckung seines vollen Pflichtteils dadurch erlangt, daß er in Ansehung der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils oder darüber hinaus Erbe geworden ist, so ist eine Ermittelung des Pflichtteilsbetrags regelmäßig[1]) entbehrlich. Notwendig wird sie aber überall dort, wo das eben Gesagte nicht zutrifft und deshalb in Frage steht, ob und in welchem Umfange dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben zukommt. Hierbei wird nach positiver Vorschrift der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls[2]) zu Grunde gelegt.[3]) Der Wert ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln, und unmaßgeblich ist in aller Regel eine vom Erblasser getroffene Wertbestimmung (§ 2311).

Besonders hervorzuheben sind noch folgende Punkte:

1. Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse müssen für die Pflichtteilsberechnung als nicht erloschen behandelt werden. Eine dies aussprechende Anordnung fehlt zwar im Gesetz. Die getroffene Entscheidung ergibt sich aber mit Notwendigkeit daraus, daß die Höhe des Pflichtteilsbetrags nicht davon abhängig sein kann, wer zufällig Erbe wird, und ob in der Person des Erben die Voraussetzungen der Erlöschung durch Vereinigung zutreffen oder nicht.[4])

2. Gehört zum Nachlaß eine noch nicht ausgeschlagene, aber auch

---

[1]) Vgl. aber auch oben § 49 Anm. 16.

[2]) So auch schon das römische Recht. Vgl. Windscheid III § 581 a. E.

[3]) Mit Rücksicht hierauf läßt sich nicht verkennen, daß der auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs angewiesene Pflichtteilsberechtigte praktisch möglicherweise besser oder auch schlechter steht, als er stehen würde, wenn er in Ansehung der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils Erbe und hierdurch an Gedeih und Verderb der Erbschaft, an der Erhöhung oder Minderung des Wertes derselben mitbeteiligt geworden wäre. Es wird sich daher nicht bestreiten lassen, daß die mechanische Anwendung der Regel des Textes besonders dann zu großen Härten führen kann, wenn zum Nachlaß Gegenstände gehören, die raschen und großen Wertschwankungen unterliegen.

[4]) Im Ergebnis ebenso Schiffner S. 29 Anm. 7 und Planck-Ritgen Erl. 2c z. § 2311.

Digitized by Google

noch nicht angenommene Erbschaft oder ein solches Vermächtnis, so ergeben sich Fragen doppelter Art:

a) Der Erbe schlägt die Erbschaft, das Vermächtnis aus. Kann der Pflichtteilsberechtigte hier verlangen, daß die dem Nachlaß durch die Ausschlagung entgangene Vermögensvermehrung bei der Berechnung des Pflichtteils mit berücksichtigt werde?[5]) Nach dem vom BGB. angenommenen Standpunkt[6]) ist der Erbe den Nachlaßgläubigern wegen der Ausschlagung einer zum Nachlaß gehörenden Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses grundsätzlich nicht verantwortlich, und steht selbst im Falle des Nachlaßkonkurses (K.O. § 9) die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung nicht dem Konkursverwalter, sondern lediglich dem Erben selbst zu. Die verneinende Antwort auf die aufgeworfene Frage ist hierdurch überaus nahe gelegt. Die Würdigung der eigenartigen Stellung des Pflichtteilsberechtigten scheint aber trotzdem zu einer anderen Entscheidung führen zu müssen. Der Pflichtteil besteht nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Wenn der Pflichtteilsberechtigte in Ansehung seines Pflichtteils Erbe geworden wäre, so würde zu seinem Erbteil auch ein entsprechender Anteil an der zum Nachlaß gehörenden Erbschaft bzw. an einem solchen Vermächtnis gehört haben, und würde die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung dieses Anteils ihm zugekommen sein (§§ 1952 Abs. 3, 2180). Wird der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe, sondern ist er lediglich auf seinen Pflichtteilsanspruch angewiesen, so ändert sich dadurch zwar wesentlich seine rechtliche Stellung; für die Berechnung desjenigen, was der Pflichtteilsberechtigte dem Werte nach zu erhalten hat, also des Pflichtteilsbetrags, scheint aber doch alles mit in Betracht gezogen werden zu müssen, was er, wenn hinsichtlich des Pflichtteils Erbe geworden, erlangt haben würde.[7])

b) Nimmt der Erbe eine zum Nachlaß gehörende Erbschaft oder ein solches Vermächtnis an, und erweist sich die Erbschaft bzw. das Vermächtnis als schon von vornherein überlastet, so bleibt die Annahme auf die Berechnung des dem Pflichtteilsberechtigten

---

[5]) Die Motive V S. 406 entscheiden bejahend.

[6]) Anders Entwurf I im Satz 4 seines § 2112. Vgl. aber die wesentlich abweichende Fassung des § 1978 BGB. und dazu Protokolle V S. 766.

[7]) Im entgegengesetzten Sinne entscheidet Planck-Ritgen Erl. 2a z. § 2311.

Digitized by Google

gebührenden Pflichtteils ohne Einfluß. Denn bei dieser ist davon auszugehen, daß dem Erben in Ansehung der fraglichen Erbschaft, des fraglichen Vermächtnisses die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung gegeben ist.[8])

3. Neben den Aktivposten des Nachlasses sind selbstverständlich auch Passivposten zu berücksichtigen. Allein in welchem Umfange? In dieser Beziehung ist zweifellos, daß von dem Werte der Aktivbestandteile des Nachlasses die „vom Erblasser herrührenden Schulden" im Sinne des § 1967[9]) und desgleichen die vom Erblasser herrührenden sonstigen Lasten,[10]) ferner die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers (§ 1968 u. § 224 Nr. 2 KO.) und im Falle der Todeserklärung des Erblassers die dem Nachlaß zur Last fallenden Kosten des Verfahrens (vgl. § 224 Nr. 3 KO.) in Abzug zu bringen sind. Dasselbe wird zu gelten haben für die Kosten der im Interesse des Pflichtteilsberechtigten gebotenen Sicherung des Nachlasses und für die Kosten der zur Ermittelung des Pflichtteilsbetrags erforderlichen Feststellung des Bestandes und Wertes des Nachlasses,[11]) nicht dagegen

---

[8]) Vgl. § 72 d. D.

[9]) Vgl. § 70 d. D.

[10]) Man denke z. B. an die Belastung von zum Nachlaß gehörenden Grundstücken mit Dienstbarkeiten, Reallasten, Grundschulden, Rentenschulden.

[11]) Vgl. auch § 2314 Abs. 2, dessen Bestimmung freilich auch die Deutung zuläßt, daß die im § 2314 bezeichneten Kosten im Verhältnis zum Pflichtteilsberechtigten vom Erben derart zu tragen sind, daß sie dem ersteren bei der Ermittelung des Nachlaßbestandes nicht einmal als Abzugsposten in Rechnung gestellt werden dürfen. Den Grundsätzen der Billigkeit entspricht jedoch nur die Auffassung des Textes. Zu den hier in Frage stehenden Kosten können auch die Kosten einer Sicherungspflegschaft, des Aufgebots der Nachlaßgläubiger (vorausgesetzt, daß die Einleitung des Aufgebotsverfahrens nach Maßgabe der Umstände gerechtfertigt war), der im Interesse des Nachlasses geführten Prozesse und der Inventarerrichtung (vgl. hierzu die Ausführungen im Texte unter III) gehören. Auch die Kosten der Testamentseröffnung? Dies dürfte zu verneinen sein. Planck-Ritgen Erl. 2 b z. § 2311 will als Abzugsposten auch schlechthin behandelt wissen die Kosten des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung. Allein ein durchschlagender Grund hierfür dürfte nicht zu finden sein. Was insbesondere die Kosten des Nachlaßkonkurses anbelangt, so ist zu erwägen, daß, wenn der Nachlaß schon von vornherein überschuldet ist, von einem Pflichtteilsanspruch überhaupt nicht die Rede sein kann; tritt die Überschuldung aber erst nach dem Erbfall ein, so kann dieser Umstand auf die Berechnung des Pflichtteilsbetrags keinen Einfluß üben.

Digitized by Google

für die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen [12]) und Auflagen,[13]) für Pflichtteilsansprüche, für die Kosten der zwischen den Erbprätendenten geführten Prozesse und für die vom Erben zu entrichtende Erbsteuer.[14])

Die vorerwähnten Abzugsposten sind durchaus solche, die im Falle des Nachlaßkonkurses dem Pflichtteilsanspruch vorgehen (vgl. § 226 KO.). Hierdurch wird die Frage nahe gelegt, ob man nicht geradezu alle Verbindlichkeiten, bei denen dies zutrifft, also auch die im vorhergehenden nicht genannten,[15]) als Abzugsposten zu behandeln habe. Dies ist zu verneinen. Die Berechnung des Pflichtteils erfolgt auf Grundlage des Bestandes und des Wertes des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls. Zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses kann es dagegen auch lange nach dem Erbfall kommen, obschon zu dieser Zeit ein erheblicher reiner Nachlaß vorhanden und nach Maßgabe desselben ein Pflichtteilsanspruch begründet war. Vermindert sich hinterher der Aktivbestand des Nachlasses etwa durch Zufall, und tritt infolge davon Überschuldung ein, so ist es sachlich durchaus entsprechend, daß gewisse erst nach dem Erbfall entstandene Nachlaßverbindlichkeiten noch vor dem Pflichtteilsanspruch zur Befriedigung gelangen; an dem bereits festgestellten Betrag des Pflichtteils wird aber hierdurch nichts geändert.[16])

---

[12]) Die auf § 1969 beruhenden Ansprüche haben vermächtnisrechtlichen Charakter und sind daher bei der zum Zwecke der Pflichtteilsberechnung vorzunehmenden Bewertung des Nachlasses von den Nachlaßaktiven nicht in Abzug zu bringen. Anders mit Unrecht Wilke S. 277 Z. 3. In Ansehung des Voraus enthält § 2311 Abs. 1 Satz 2 eine im Texte unter II Z. 1 zu besprechende Sonderbestimmung.

[13]) Die Entscheidung des Textes hinsichtlich dieser Gruppe von Verbindlichkeiten ist eine notwendige Folge des Grundsatzes, daß die Pflichtteilsrechte durch vom Erblasser getroffene Verfügungen von Todeswegen nicht beeinträchtigt werden können.

[14]) Über die auf § 1963 beruhende Nachlaßverbindlichkeit vgl. unten § 62 (I Z. 3) d. D. Nach dem daselbst Gesagten bildet sie eine Abzugspost im Sinne des Textes nicht. Anders Wilke S. 272 Z. 2, gegen ihn z. T. auch Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2311.

[15]) Vgl. KO. § 224 Nr. 1, 4 (soweit diese Kosten dem im Texte bei Anm. 11 angegebenen Zwecke dienen, bilden sie aber allerdings Abzugsposten), 5, 6 und § 226 Nr. 1 (die Nr. 2 u. 3 bezeichneten Verbindlichkeiten gehören zu den vom Erblasser herrührenden Schulden).

[16]) Vgl. auch Wilke S. 272 Z. 2, dessen Entscheidungen im einzelnen aber freilich nicht einwandfrei sind.

Digitized by Google

Gehören zum Nachlaß Rechte oder Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, so bleiben sie bei der Feststellung des Nachlaßwertes vorläufig außer Ansatz. Tritt aber die Bedingung später ein, so hat nunmehr die entsprechende Ausgleichung zu erfolgen. Dasselbe gilt für aus anderem Grunde ungewisse oder unsichere Rechte, sowie für zweifelhafte Verbindlichkeiten. Doch ist der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber verpflichtet, für die Feststellung eines ungewissen und für die Verfolgung eines unsicheren Rechtes zu sorgen, soweit es einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht. Rechte und Verbindlichkeiten, deren Fortbestand von einer auflösenden Bedingung abhängig ist, kommen, vorbehaltlich späterer Ausgleichung, zunächst als unbedingte in Ansatz.[17]) Eine besondere Verpflichtung zur Sicherstellung[18]) der späteren Ausgleichung legt das Gesetz dem Pflichtteilsberechtigten ebenso wenig auf, wie in den Fällen der ersten Art dem Erben. Vgl. § 2313.

II. Auf die Berechnung des Pflichtteilsbetrages sich beziehende Sondervorschriften enthalten die §§ 2311 (Abs. 1 Satz 2) und 2312.

1. Nach der zuerst erwähnten Bestimmung hat bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern des Erblassers der dem überlebenden Ehegatten „gebührende" Voraus derart außer Ansatz zu bleiben, daß deren Pflichtteile nur nach Maßgabe desjenigen Vermögens berechnet werden, welches nach Abzug des Voraus noch übrig ist. Bei Beurteilung dieser Vorschrift ist wohl zu beachten, daß der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf den Voraus einen pflichtteilsrechtlichen Charakter nicht hat und somit ohne weiteres entfällt, wenn der Erblasser eine denselben ausschließende Anordnung getroffen hat. Hieraus scheint der Schluß gezogen werden zu müssen, daß der Voraus bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern mit in Ansatz

---

[17]) In betreff befristeter Rechte und Verbindlichkeiten enthält das Gesetz besondere Vorschriften nicht. Sie sind nach der Absicht des Gesetzes offenbar mit dem ihnen zur Zeit des Erbfalls zukommenden Werte in Ansatz zu bringen. Eine entsprechende Anwendung von § 65 Abs. 2 KO. ist nicht angeordnet. Es ist vielmehr dem richterlichen Ermessen weiter Spielraum gelassen.

[18]) Dem eventuell Berechtigten kommen aber selbstverständlich auch hier die Vorschriften des § 916 Abs. 2 CPO. und der §§ 67, 154 KO. zu statten.

Digitized by Google

zu bringen ist,[19]) wenn er im konkreten Falle dem überlebenden Ehegatten nicht gebührt.[20])

Zu erwägen bleibt noch, wie es mit dem Voraus des überlebenden Ehegatten[21]) gehalten werden soll, wenn den Eltern der Pflichtteil in Gestalt von Erbteilen hinterlassen ist. Beispiel: Reiner Wert des Nachlasses mit Einschluß des Voraus = 8000; Wert des Voraus = 4000. Die Verfügung des Erblassers lautet: Bei der nach meinem Tode eintretenden gesetzlichen Erbfolge soll mein Vater nur die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils erhalten. Es sei ferner angenommen, daß außer dem Vater des Erblassers nur der überlebende Ehegatte in Betracht kommt. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des Erblassers wird hier der Vater zu 1/4 und der überlebende Ehegatte zu 3/4 Erbe. Außerdem gebührt dem letzteren nach vermächtnisrechtlichen Grundsätzen der Voraus im Werte von 4000. Die Last desselben hat zu 3/4 der überlebende Ehegatte selbst zu tragen; in Ansehung des vierten Viertels scheint sie aber der Vater tragen zu müssen, so daß also in diesem Falle trotz der Vorschrift des § 2306 auf dem die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigenden Erbteile des Vaters doch eine vermächtnisartige Last ruht.[22])

Steht der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten selbst in Frage, so ist der Voraus in den Bestand des Nachlasses einzubeziehen, und ist der Betrag des Pflichtteils, ohne weitere Rücksichtnahme auf den Voraus, durch die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils gegeben.

2. § 2312 Abs. 1 trifft eine besondere Bestimmung für den Fall, daß ein als Miterbe zur Erbfolge gelangender Abkömmling des Erb-

---

[19]) Zu einer anderen Entscheidung müßte man freilich kommen, wenn man hierbei schlechthin die Bestimmung des § 2310 zur entsprechenden Anwendung bringen wollte. Ein solches Verfahren würde sich aber sowohl mit dem Wortlaut als auch mit der Tendenz des § 2311 in Widerspruch setzen. Für die Entscheidung des Textes auch Kipp bei W. III S. 400 Z. 2 a. E. und Planck-Ritgen Erl. 2 d z. § 2311.

[20]) Das trifft auch zu, wenn dem überlebenden Ehegatten gegenüber der Anspruch auf den Voraus mit Erfolg wegen Erbunwürdigkeit angefochten worden ist. Schlägt dagegen der überlebende Ehegatte den ihm „gebührenden" Voraus aus, so wird jetzt nicht etwa der früher außer Ansatz gebliebene Voraus hinterher wieder in Ansatz gebracht. Vgl. auch Motive V S. 409.

[21]) Vgl. übrigens auch unten § 54 Anm. 6.

[22]) Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2306.

Digitized by Google

lassers, oder unter derselben Voraussetzung dessen Vater, Mutter oder überlebender Ehegatte[23]) nach der vom Erblasser getroffenen oder als getroffen anzusehenden Anordnung[24]) ein zum Nachlaß gehörendes Landgut zum Ertragswert zu übernehmen berechtigt ist.[25]) Macht ein solcher Miterbe von dem bezeichneten Rechte Gebrauch, so soll der Ertragswert auch für die Berechnung der in Betracht kommenden Pflichtteile maßgebend sein. Hat der Erblasser jedoch einen anderen Übernahmepreis bestimmt, so ist dieser maßgebend, wenn er den Ertragswert erreicht[26]) und den Schätzungswert nicht übersteigt.[27]) Hinterläßt der Erblasser, zu dessen Nachlaß ein Landgut gehört, nur einen Erben, so kann er, wenn dieser sein Abkömmling, sein Vater, seine Mutter oder sein Ehegatte ist, anordnen, daß der Berechnung der den Erben belastenden Pflichtteile der Ertragswert oder der nach Maßgabe des vorhin Gesagten bestimmte Übernahmepreis zu Grunde gelegt werden soll (§ 2312 Abs. 2).

III. Behufs Wahrung seines Pflichtteilsanspruchs kann der Pflichtteilsberechtigte, dafern er nicht selbst Erbe ist,[28]) vom Erben Auskunft über den Bestand des Nachlasses fordern.[29]). Er kann ferner verlangen,[30]) daß er zur Aufnahme des Verzeichnisses der

[23]) Die im Texte aufgeführten Personen sind zugleich diejenigen, welchen § 2303 grundsätzlich Pflichtteilsberechtigung zuerkennt (§ 2312 Abs. 3).

[24]) Vgl. hierzu § 2049 und Art. 137 EG.

[25]) Macht der Erblasser einem in concreto pflichtteilsberechtigten Erben die Übernahme eines Landgutes zu einem bestimmten Preise zur Pflicht, so liegt je nach Umständen der Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 vor.

[26]) Bleibt die Anordnung des Erblassers hinter dem ermittelten Ertragswert zurück, so wird als eventueller Wille des Erblassers anzunehmen sein, daß die Übernahme doch zum Ertragswert zulässig sein soll.

[27]) Ist der vom Erblasser bestimmte Übernahmepreis nicht nur höher als der Ertragswert, sondern auch als der Schätzungswert, so ist der Pflichtteilsberechnung der Schätzungswert zu Grunde zu legen.

[28]) Ist der Pflichtteilsberechtigte Erbe, so kann er selbst zur Inventarerrichtung schreiten.

[29]) Hängt der Umfang des Pflichtteilsanspruchs davon ab, ob und in welchem Umfang Vorempfänge der Ausgleichung unterliegen (§ 2316), so wird sich die Auskunftspflicht auch auf diese Zuwendungen erstrecken. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2314.

[30]) Das Verlangen richtet sich grundsätzlich gegen den Erben. Bei Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers wird es aber unbeschadet der Vorschrift des § 2213 Abs. 1 Satz 3 (vgl. dazu oben § 40a) auch unmittelbar gegen diesen durchgesetzt werden können. So mit Recht Planck-Ritgen

Digitized by Google

Nachlaßgegenstände zugezogen werde, daß diese Aufnahme durch die nach Landesrecht zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar erfolge, daß ihm das Verzeichnis vorgelegt und daß der Wert der Nachlaßgegenstände ermittelt werde. Die hierzu erforderlichen Kosten fallen dem Nachlaß zur Last. Besteht Grund zur Annahme, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Erbe auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten den durch Klage bzw. Zwangsvollstreckung erzwingbaren Offenbarungseid nach § 260 zu leisten. Vgl. § 2314.[31] [32])

Erl. 3 z. § 2314. Anders freilich RGE. v. 24. 2. 1902 Bd. 50 S. 225 auf Grund der Erwägung, daß der Pflichtteilsanspruch nach § 2213 Abs. 1 Satz 3 auch bei Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers nur gegen den Erben geltend gemacht werden könne. Allein die berufene Bestimmung bezieht sich nur auf die Klage auf Leistung des Pflichtteils. Die Realisierung des Anspruchs aus den der Verwaltung des TV. unterliegenden Gegenständen setzt nach § 748 CPO. (vgl. dazu § 2213 Abs. 3) auch hier die Verurteilung des TV. zur Duldung der Zwangsvollstreckung voraus. Berücksichtigt man außerdem noch, daß der TV. in dem gegen ihn geführten Prozesse Einwendungen geltend machen kann, die der Erbe nicht vorgebracht hat, so scheint die Bedeutung des Wortes „nur" in § 2213 Abs. 1 Satz 2 nicht überspannt werden zu dürfen. Zweifellos zutreffend ist die vorerwähnte RGE. jedoch darin, daß sich die berufene Bestimmung des § 2213 auf alle Fälle der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gleichmäßig bezieht, und daß man in dieser Beziehung nicht die vom Berufungsgericht versuchte künstliche Unterscheidung zwischen der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im Gegensatz zu einer besonderen Anordnung des Erblassers und dem Falle, wo der Pflichtteilsanspruch nach § 2304 hinterlassen ist, machen darf. Bei anderer Fragestellung würde das RG. vielleicht doch Bedenken getragen haben, dem Pflichtteilsberechtigten das Recht auf Auskunftserteilung praktisch zu versagen. Denn welche Bedeutung hat ein solches Recht dem Erben gegenüber, wenn diesem die Verwaltung des Nachlasses durch das Vorhandensein eines verwaltenden TV. entzogen ist?

[31]) Über das Verhältnis der Bestimmung des § 2314 zu den Vorschriften der §§ 1993 ff. über die Inventarserrichtung (vgl. Boehm im Recht 1902 S. 471) mag schon hier bemerkt werden: 1. Wie jeder Nachlaßgläubiger, so ist auch der Pflichtteilsgläubiger zur Stellung des Antrags ermächtigt, daß dem Erben nach § 1994 eine Inventarfrist bestimmt werde. Versäumung der Inventarfrist (§ 1994 Abs. 1 Satz 2) und desgleichen die Errichtung eines ungetreuen Inventars im Sinne des § 2005 Abs. 1 machen den Erben allen Nachlaßgläubigern und daher auch dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber schlechthin unbeschränkt haftbar. Das dem Pflichtteilsgläubiger nach § 2314

Digitized by Google

5. Besondere Eigenschaften des Pflichtteilsanspruchs.

§ 53.

I. Nach der ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzes entsteht der Anspruch auf den Pflichtteil mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1). Obschon durch diese Bestimmung — laut der Motive V S. 417 — allen Zweifeln in betreff des Zeitpunktes der Entstehung des Pflicht-

---

zukommende Recht wird jedoch durch den Eintritt der schlechthin unbeschränkten Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht berührt; es bleibt für den Pflichtteilsberechtigten auch jetzt noch als Mittel zur Herstellung der für die Berechnung des Pflichtteils erforderlichen Grundlagen von Wert. 2. Die auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 erfolgende Aufnahme des Verzeichnisses und die Ermittelung des Wertes der Nachlaßgegenstände ist nicht identisch mit der Inventarerrichtung nach den §§ 1993 ff. Ist aber die schlechthin unbeschränkte Haftung des Erben noch nicht eingetreten, und wird den formellen Anforderungen an die Inventarerrichtung genügt, so ist das nach § 2314 aufgenommene Verzeichnis zugleich auch Inventar im Sinne der §§ 1993 ff. 3. Hatte der Erbe noch vor der Geltendmachung des dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 zukommenden Rechtes ein Inventar nach Maßgabe der §§ 1993 ff. errichtet, so wird der Pflichtteilsberechtigte mit Rücksicht auf § 2314 zu dem Verlangen berechtigt sein, daß das Inventar unter seiner Zuziehung überprüft werde. 4. Zur Errichtung eines Inventars im Sinne der §§ 1993 ff. kann der Erbe niemals im Wege der Klage verhalten werden (vgl. dazu unten § 73 d. D.). Die im § 2314 bestimmten Rechte kann der Pflichtteilsberechtigte dagegen auch im Wege der Klage durchsetzen (vgl. auch den in § 2314 berufenen § 260). 5. Nach § 2006 hat der Erbe nach erfolgter Inventarerrichtung auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers, also auch eines Pflichtteilsgläubigers den daselbst bestimmten Offenbarungseid zu schwören, widrigenfalls er dem Gläubiger, welcher das Verlangen gestellt hat, schlechthin unbeschränkt haftet. Ein im Wege der Klage bzw. Zwangsvollstreckung durchsetzbarer Anspruch auf Leistung dieses Eides besteht nicht (vgl. darüber unten § 73 d. D.). Ganz anders verhält es sich mit dem Offenbarungseide, dessen Leistung der Pflichtteilsberechtigte nach § 2314 in Verbindung mit § 260 vom Erben verlangen kann (vgl. dazu die Ausführung des Textes).

[32]) Von der im § 2314 bestimmten Verpflichtung kann der Erblasser den Erben durch Verfügung von Todeswegen nicht befreien. Dies war im Entwurf I (§ 1988) besonders ausgesprochen. Bei der zweiten Lesung wurde die Bestimmung mit Rücksicht auf ihre Selbstverständlichkeit gestrichen. Nicht ausgeschlossen ist die Wirksamkeit eines in Gestalt des Erbverzichtes geschlossenen Vertrags zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten, worin der letztere auf die ihm kraft seines eventuellen Pflichtteilsrechtes nach § 2314 zukommenden Rechte verzichtet. Vgl. Protokolle V S. 519.

Digitized by Google

teilsanspruchs ein Ende bereitet werden sollte, so können solche doch nicht ganz unterdrückt werden. Die Verhältnisse, unter denen der Pflichtteilsanspruch zur Entstehung gelangt, sind nämlich sehr verschieden geartet. Man muß in dieser Beziehung drei Hauptmöglichkeiten auseinanderhalten.

1. Es gibt zunächst Fälle, in denen schon zur Zeit des Erbfalls objektiv feststeht, daß der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen kann. Der Pflichtteilsanspruch entsteht also hier zweifellos schon mit dem Erbfall.

2. Eine zweite Gruppe von Fällen charakterisiert sich dadurch, daß der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil nur verlangen kann, wenn er das ihm Hinterlassene ausschlägt (§§ 2306, 2307). Darf man auch in diesen Fällen sagen, daß der Anspruch bereits mit dem Erbfall entstanden ist? Die Bejahung liegt sicherlich im Sinne des Gesetzes und § 2332 Abs. 3 bestimmt im Hinblick auf solche Fälle sogar ausdrücklich, daß die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nicht dadurch gehemmt wird, daß er erst nach der Ausschlagung der dem Pflichtteilsberechtigten unter Beschränkungen oder mit Beschwerungen angebotenen Erbfolge oder eines ihm angebotenen Vermächtnisses geltend gemacht werden kann. Allein hierbei ergibt sich doch wieder folgender Zweifel: In welchem Sinne ist es zu verstehen, daß hier der Pflichtteilsanspruch vor der Ausschlagung der Erbschaft, des Vermächtnisses nicht geltend gemacht werden kann? In dem Sinne, daß dem Anspruch, wenn er vorher doch geltend gemacht wird, eine „Einrede" im technischen Sinne entgegengesetzt werden kann, oder in dem Sinne, daß der Anspruch vor der Ausschlagung schon ipso iure nicht begründet ist? Die Motive (V S. 427) entscheiden im ersteren Sinne, aber gewiß mit Unrecht. Denn darnach würde dem Pflichtteilsberechtigten, welchem z. B. die ganze Erbschaft, aber unter Beschränkungen oder mit Beschwerungen, hinterlassen ist, dafern er gegen einen Nachlaßpfleger auf Leistung des Pflichtteils klagte, im Falle eines Versäumnisurteils der Pflichtteil zuzusprechen sein, selbst wenn sich aus den klägerischen Angaben ergäbe, daß Kläger die ihm angebotene Erbschaft noch nicht ausgeschlagen hat. Der Fällung eines solchen Versäumnisurteils steht jedoch § 2306 direkt entgegen. Denn demjenigen, welcher nach dem materiellen Rechte den Pflichtteil nur verlangen kann, wenn er das ihm Hinterlassene ausschlägt, darf der Pflichtteil auch nicht zugesprochen werden, wenn aus seinen

Digitized by Google

eigenen Angaben erhellt, daß die Voraussetzung, unter welcher er den Pflichtteil allein verlangen kann, noch gar nicht eingetreten ist.

Wenn § 2217 trotzdem auch mit Bezug auf Fälle solcher Art entscheidet, daß der Pflichtteilsanspruch schon mit dem Erbfall entstanden sei, so kann dies also nur dahin verstanden werden, daß der erst nach dem Erbfall dadurch, daß der Pflichtteilsberechtigte das ihm Hinterlassene ausgeschlagen hat, entstandene Pflichtteilsanspruch juristisch hinterher so zu behandeln ist, als ob er schon mit dem Erbfall entstanden wäre.[1])

3. Eine dritte Gruppe von Fällen ergibt sich nach Maßgabe des § 2309 daraus, daß infolge von nach dem Erbfall eingetretenen Umständen entferntere Verwandte des Erblassers pflichtteilsberechtigt werden, die vorerst wegen des Vorhandenseins eines pflichtteilsberechtigten näheren Verwandten nicht in Betracht kommen konnten.

Umstände solcher Art liegen vor:

a) wenn der nächststehende Abkömmling des Erblassers für erbunwürdig erklärt wird;

b) wenn derselbe das ihm Hinterlassene unter Umständen ausschlägt, vermöge derer nicht er, sondern ein entfernterer Verwandter pflichtteilsberechtigt wird.

Auch hier ist die Entscheidung, daß der Pflichtteilsanspruch des entfernteren Verwandten schon mit dem Erbfall entstanden ist, offenbar unmöglich. Man wird sich also gleichfalls mit der Annahme zu behelfen haben, daß der erst später entstandene Pflichtteilsanspruch hinterher als ein schon mit dem Erbfall entstandener behandelt werden soll. Doch muß schon an dieser Stelle bemerkt werden, daß sich der vollständigen Durchführung dieser Annahme einzelne Schwierigkeiten entgegenstellen.

II. Der Pflichtteilsanspruch wird mit dem Zeitpunkte, in welchem er entsteht, dem Pflichtteilsberechtigten bereits definitiv erworben. Der Erwerb des Pflichtteilsanspruchs ist also anders zu beurteilen als der Erwerb eines Vermächtnisanspruchs. Denn die Vermächtnisforderung kommt nach § 2176 mit dem Zeitpunkte des Vermächtnisanfalls in der Person des Vermächtnisnehmers unbeschadet des Rechtes, das Vermächtnis auszuschlagen, zur Entstehung. Der ipso

[1]) Zustimmend Kipp bei W. III S. 403 III und Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2317.

Digitized by Google

iure sich vollziehende Erwerb des Vermächtnisnehmers ist also vorerst ein nur provisorischer und wird zum definitiven erst dann, wenn die Möglichkeit der Ausschlagung des Vermächtnisses weggefallen ist. Der Erwerb des Pflichtteilsanspruchs ist sofort ein definitiver; eine Ausschlagung im technischen Sinne kann hinsichtlich desselben gar nicht vorkommen.[2]) Möglich ist aber selbstverständlich ein Erlaß des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag des Pflichtteilsberechtigten mit dem Erben.[3])

Der in der Person eines Pflichtteilsberechtigten entstandene oder nach rückwärts hin als entstanden anzusehende Pflichtteilsanspruch[4])

---

[2]) Mit Rücksicht auf das im Texte Gesagte ist es auch hier von praktischem Belang, daß in der vom Erblasser letztwillig getroffenen Anordnung, ein Pflichtteilsberechtigter solle lediglich auf seinen Pflichtteilsanspruch angewiesen sein, nicht die Bedenkung mit einem Vermächtnis zu erblicken ist. Vgl. auch oben § 49 Anm. 9 (S. 417).

[3]) Zum Abschluß eines solchen Verzichtsvertrages bedarf die im gesetzlichen Güterstand lebende Ehefrau nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1406 Z. 1). Über den Fall der Gütergemeinschaft vgl. §§ 1453, 1519, 1549; darnach bedarf sie auch hier der Zustimmung des Mannes nicht. Steht der Pflichtteilsberechtigte unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft, so ist zu dem hier in Frage stehenden Verzicht auf den Pflichtteil, gleichviel ob der Vertrag vom Pflichtteilsberechtigten selbst oder für ihn vom gesetzlichen Vertreter geschlossen worden ist, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§§ 1643 Abs. 2, 1822 Nr. 2).

[4]) Hängt die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs von einer Ausschlagung ab (vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 2 und § 2307), so entsteht die Frage, ob Gegenstand der Abtretung nur der eventuelle Pflichtteilsanspruch sein kann, oder nicht vielmehr die ganze Rechtsposition des Pflichtteilsberechtigten, vermöge welcher dieser das Hinterlassene entweder annehmen, oder aber ausschlagen und dann den Pflichtteil verlangen kann. Man wird unterscheiden müssen. Liegt der Fall des § 2307 vor, ist der Pflichtteilsberechtigte also mit einem Vermächtnis bedacht, so wird als möglich anzuerkennen sein, daß er den Vermächtnisanspruch als einen noch ausschlagbaren in der Weise abtritt, daß das Recht der Ausschlagung nur dem Zessionar zukommt. Denn die Ausschlagbarkeit ist eine Qualität des Vermächtnisanspruchs. Ist der Pflichtteilsberechtigte dagegen als Erbe eingesetzt, so unterliegt die ganze aus § 2306 Abs. 1 Satz 2 für den Pflichtteilsberechtigten sich ergebende Rechtsposition nicht der Abtretung. Der Grund hierfür ist, daß das erbrechtliche ius succedendi, d. h. das Recht, eine angefallene Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, zwar vererblich, aber nicht abtretbar ist. Dies gilt trotz der Bestimmung des § 2033 auch für das Teilerbrecht. Denn die dem Erben durch diese Bestimmung gestattete Verfügung über seinen Anteil am Gesamthandvermögen

Digitized by Google

ist vererblich und übertragbar (§ 2317 Abs. 2); der Pfändung ist der (noch nicht abgetretene) Anspruch jedoch erst unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (§ 852 Abs. 1 CPO.).[5] Im Falle eines über das Vermögen des Pflichtteilsberechtigten eröffneten Konkurses ist der Pflichtteilsanspruch in die Masse nur einzubeziehen, wenn er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden und somit der Pfändung unterworfen war (§ 1 KO.).[6]

---

ist von der Veräußerung des Teilerbrechts wesentlich verschieden (vgl. § 64 d. D.). Als möglich ist jedoch anzuerkennen, daß der als Alleinerbe oder als Teilerbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte die Erbschaft bzw. die Teilerbschaft als eine der Ausschlagung noch unterliegende in Verbindung mit der Erteilung der (möglicherweise auch unwiderruflichen) Vollmacht zur Annahme bzw. Ausschlagung veräußert und dabei zugleich den infolge der Ausschlagung sich ergebenden Pflichtteilsanspruch abtritt. Eine Abtretung der ganzen aus § 2306 Abs. 1 Satz 2 sich ergebenden Rechtsposition ist hierin jedoch nicht zu erblicken. Denn nimmt der Zessionar auf Grund seiner Vollmacht die Erbschaft an, so wird hierdurch nicht er, sondern der Zedent Alleinerbe bzw. Teilerbe. Außerdem ist wohl zu beachten, daß die Möglichkeit der Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft dem Zedenten dadurch, daß er dem Zessionar die vorerwähnte Vollmacht erteilt hat, nicht benommen wird. Anders Planck-Ritgen (Erl. 3 z. § 2317), der eine Übertragung der ganzen Rechtsposition mit Rücksicht auf § 2033 dann für möglich hält, wenn der Pflichtteilsberechtigte nur Teilerbe ist.

[5]) Nach § 400 kann eine Forderung nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Gilt dies auch für den Pflichtteilsanspruch, oder ist nicht vielmehr anzunehmen, daß die Regel des § 400 in unserem Falle durch die Vorschrift des § 2317 Abs. 2 durchbrochen werden wollte. Man wird doch wohl (anders noch 2. Aufl. S. 239 Anm. 2) in letzterem Sinne zu entscheiden und in Konsequenz hiervon das Eingreifen der Vorschrift des § 852 Abs. 1 CPO. auf den Fall zu beschränken haben, daß der Pflichtteilsanspruch noch dem Pflichtteilsberechtigten selbst zusteht. Der abgetretene Pflichtteilsanspruch wird also als der Pfändung unterworfen angesehen werden müssen, selbst wenn er noch nicht durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Vgl. auch Protokolle V S. 526, 527 und Planck-Ritgen Erl. 3, 4 z. § 2317.

[6]) Nicht uninteressant ist folgende Sachlage: Dem Pflichtteilsberechtigten ist zur Deckung seines Pflichtteils die Erbfolge in Ansehung eines die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Anteils der Erbschaft aber mit Beschränkungen oder Beschwerungen, oder ein Vermächtnis angeboten. Bevor er sich über Annahme oder Ausschlagung entschieden hat, wird über sein Vermögen Konkurs eröffnet. Nimmt der Pflichtteilsberechtigte das ihm Angebotene an, so fällt der Erwerb in die Masse (§ 9 KO.); schlägt er aus, so findet

Digitized by Google

III. „Der Pflichtteilsanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritte des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von dem Eintritte des Erbfalls an" (§ 2332 Abs. 1; vgl. übrigens auch die allgemeine Vorschrift des § 207). In den oben unter I Z. 2 hervorgehobenen Fällen wird der Beginn der Verjährung nicht dadurch hinausgeschoben, daß der Pflichtteilsanspruch vom Pflichtteilsberechtigten erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden kann (§ 2332 Abs. 3). Weniger einfach gestaltet sich die Anwendung des § 2332 auf die oben unter I Z. 3 hervorgehobenen Fälle. Beispiel: Der Erblasser hat seinen einzigen Abkömmling A als Erben und unter vollständiger Übergehung seines noch lebenden Vaters den extraneus E als Ersatzerben eingesetzt. Nach Ablauf der nach Maßgabe des § 2332 berechneten dreijährigen Verjährungsfrist[7]) kommt auf, daß A in der im § 2339 Z. 3 bezeichneten Weise die Ausübung des Testierrechtes des Erblassers vereitelt hat. E setzt infolgedessen gegenüber dem A die Erbunwürdigkeitserklärung durch und wird nunmehr selbst Erbe. Frage: Kann der Vater des Erblassers jetzt mit Erfolg seinen Pflichtteilsanspruch gegen den E geltend machen, oder kann nicht vielmehr E mit Rücksicht darauf, daß der Pflichtteilsanspruch nach § 2317 schon mit dem Erbfall entstanden und nach § 2332 verjährt sei, die Leistung verweigern (§ 222)?

Für die letztere Entscheidung scheinen außer den §§ 2317 und 2332 auch noch die Vorschriften der §§ 2341 und 200 zu sprechen. Denn nach § 2341 war auch der Vater des Erblassers zur Anfechtung des Anfalls der Erbschaft an den A berechtigt, und nach § 200 schiebt

---

dagegen eine Einbeziehung des Pflichtteils, den er nunmehr verlangen kann, in die Masse nicht statt.

[7]) Hierbei wird also vorausgesetzt, daß die dreijährige Frist seit dem Zeitpunkte verstrichen ist, in welchem der Vater des Erblassers von dem Erbfall und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt hat. Auf den Zeitpunkt, in welchem dem Vater zum Bewußtsein gekommen ist, daß sich für ihn aus dem ihm bekannt gewordenen Inhalt der Verfügung eine mit Rücksicht auf die Lage der Verhältnisse praktisch erhebliche Beeinträchtigung seines Pflichtteilsrechtes wirklich ergibt, kommt dagegen nach dem Wortlaut und Sinn des § 2332 Abs. 1 nichts an. Vgl. auch Motive V S. 426.

Digitized by Google

der Umstand, daß die Entstehung eines Anspruchs (hier des Pflichtteilsanspruchs) von der Ausübung eines dem eventuell Anspruchsberechtigten zustehenden Anfechtungsrechtes abhängt, den Beginn der Verjährung nicht hinaus. Allein hierbei ist doch wieder zu bedenken, daß es mit dem im § 2309 eingenommenen Standpunkte durchaus nicht in Einklang zu bringen ist, wenn ein infolge noch zulässiger Anfechtung des Anfalls der Erbschaft an den Erbunwürdigen erst entstehender Pflichtteilsanspruch auch nach der uns hier beschäftigenden Richtung hin als ein schon zur Zeit des Erbfalls begründet gewesener und seitdem bereits verjährter behandelt wird. Sollte ein Fall der bezeichneten Art praktisch vorkommen, so wird also doch wohl durch freie Auslegung der §§ 2317 und 2332 geholfen werden müssen.[8])

Hat der Erblasser bezüglich des durch Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten besonders bestimmt, daß diesem der volle Pflichtteil zukommen solle, so unterliegt der Anspruch der dreijährigen Verjährung überhaupt nicht, sondern nur der dreißigjährigen.[9])

IV. Über die Stellung des Pflichtteilsberechtigten als Nachlaßgläubiger vgl. das IV. Hauptstück d. D.

6. Die Pflichtteilslast.

§ 54.

Der Pflichtteilsanspruch ist dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber von dem Erben zu tragen.[1]) Sind mehrere Erben vorhanden, so

---

[8]) Vgl. auch noch des Verfassers Dekanatsprogramm S. 45 ff. Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 6 z. § 2317.

[9]) Ausdrücklich ausgesprochen ist das im Gesetze freilich nicht. Allein es wird nicht zu bestreiten sein, daß die auf die dreijährige Verjährung des Pflichtteilsanspruchs sich beziehende Bestimmung des § 2332 nur diejenigen Fälle treffen will, in welchen es sich um die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gegen den Willen des Erblassers handelt.

[1]) Eine eigentümliche auf das Tragen der Pflichtteilslast sich beziehende Bestimmung enthält § 2306 Abs. 1 Satz 1. Ist nämlich dem Pflichtteilsberechtigten ein die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigender Erbteil mit den daselbst bezeichneten Beschränkungen und Beschwerungen hinterlassen, so wird ihm dadurch geholfen, daß die Beschränkungen, Beschwerungen als nicht angeordnet gelten. Soweit dies durchgreift, wird die Pflichtteilslast also hier von denjenigen getragen, zu deren Gunsten die Beschränkungen, Beschwerungen angeordnet sind. Vgl. auch v. Tuhr a. a. O.

Digitized by Google

haften sie dem Pflichtteilsberechtigten nach Maßgabe der §§ 2058 bis 2063. Ist jedoch von den mehreren Erben einer[2]) selbst pflichtteilsberechtigt,[3]) so kann er nach der Teilung[4]) die Befriedigung eines anderen Pflichtteilsberechtigten soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt.[5]) Für den Ausfall haften dann nach der zwingenden Vorschrift des § 2319 die übrigen Erben. Allein auch abgesehen hiervon kann es, ohne daß der Pflichtteilsberechtigte selbst davon berührt wird, zu einer Abwälzung der zunächst den Erben oder Miterben treffenden Pflichtteilslast auf andere Personen kommen.

I. Ist der mit einem Pflichtteilsanspruch belastete Erbe mit Vermächtnissen[6]) oder Auflagen beschwert, so kann er diese durch

---

[2]) Dem pflichtteilsberechtigten Alleinerben kann gegenüber dem Pflichtteilsanspruch eines anderen das im § 2319 bestimmte Leistungsverweigerungsrecht nicht zustehen. In diesem Falle greift vielmehr Abs. 3 von § 2318 durch.

[3]) Nach Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2319 soll die im § 2319 vorausgesetzte Sachlage nur vorkommen können, wenn der Pflichtteilsberechtigte als einer von mehreren Erben auf einen Erbteil berufen ist, der hinter seinem gesetzlichen Erbteil zurückbleibt. Dies kann nicht zugegeben werden. Beispiel: Ein Erblasser, der zwei pflichtteilsberechtigte Söhne A und B hinterläßt, setzt als Erben zu gleichen Teilen den Sohn A und einen extraneus ein. A hat, obschon mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, deren Gesamtwert dem Werte eines Viertels des Nachlasses nahe kommt, seinen Erbteil angenommen. Warum soll ihm hier, wenn B gegen ihn nach der Teilung den Pflichtteilsanspruch geltend macht, das Einrederecht nach § 2319 gänzlich versagt sein?

[4]) War die Befriedigung des seinen Pflichtteilsanspruch geltend machenden Pflichtteilsberechtigten schon vor der Teilung erfolgt, so muß die Pflichtteilsberechtigung eines Miterben bei der Auseinandersetzung entsprechende Berücksichtigung finden (vgl. besonders § 2320).

[5]) Dieses Leistungsverweigerungsrecht muß dem Erben selbst dann zugesprochen werden, wenn er das Recht zur Beschränkung der Haftung bereits eingebüßt hat; denn es beruht auf dem Pflichtteilsrecht des Miterben und nicht auf dem Grundsatz der Beschränkbarkeit der Haftung des Erben auf den Nachlaß. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2319.

[6]) Das im Texte Gesagte gilt im allgemeinen auch hinsichtlich der sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse der §§ 1932, 1969 (vgl. oben § 17 d. D.). Hinsichtlich des Voraus muß jedoch daraus, daß er bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern außer Betracht bleibt (§ 2311), der Schluß gezogen werden, daß er vom Erben wegen der ihn den Eltern gegenüber treffenden Pflichtteilslast auch nicht gekürzt werden kann. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2318.

Digitized by Google

Geltendmachung einer peremptorischen Einrede soweit kürzen,[7]) daß die Pflichtteilslast von ihm nur in dem Verhältnis getragen wird, in welchem der Wert des nach Abzug des vollen Wertes der Vermächtnisse und Auflagen Verbleibenden zu dem Werte der Vermächtnisse und Auflagen steht. Einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer gegenüber freilich darf der Erbe das Vermächtnis nur soweit kürzen, daß jenem der Pflichtteil verbleibt (§ 2318 Abs. 1, 2).[8])

Ist der mit dem Pflichtteilsanspruch eines anderen belastete Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen jedenfalls in dem Maße kürzen, als er hierzu berechtigt sein würde, wenn er nicht pflichtteilsberechtigt wäre; nach Abs. 3 von § 2318 darf er aber die Vermächtnisse und Auflagen sogar soweit kürzen, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt. Bei Anwendung dieser Vorschrift ist übrigens einige Vorsicht zu beobachten. Beispiel: Ein Erblasser hat seinen einzigen Sohn als Erben eingesetzt

---

[7]) In betreff der Durchführung der Kürzung vgl. oben § 32 Anm. 11 (S. 226).

[8]) Beispiel: Nachlaß = 8000. Gegen den mit Vermächtnissen zu Gunsten des A und B im Werte von je 2000 belasteten Erben E macht C einen Pflichtteilsanspruch mit 2000 geltend. Von den beiden Vermächtnisnehmern ist B selbst in der Weise pflichtteilsberechtigt, daß sein Pflichtteil durch den Wert des Vermächtnisses gerade gedeckt ist. Wie ist hier vorzugehen? Wenn B nicht pflichtteilsberechtigt wäre, so hätte im Verhältnis zwischen dem Erben und den Vermächtnisnehmern nach § 2318 Abs. 1 E 1000 und jeder Vermächtnisnehmer je 500 zur Deckung des Pflichtteils des C beizutragen. E könnte also die Vermächtnisse derart kürzen, daß jeder der Vermächtnisnehmer nur 1500 erhielte. Bei der vorausgesetzten Sachlage entfällt jedoch die Zulässigkeit einer Kürzung des dem B zukommenden Vermächtnisses. Muß sich E deshalb mit der Kürzung des Vermächtnisses des A um 500 begnügen, so daß er den Pflichtteil des C im übrigen selbst zu tragen hat? Oder ist vielleicht das Vermächtnis des B von dem Nachlaßbestand von 8000 vorweg abzuziehen, so daß die Last des dem C gebührenden Pflichtteils von E und A in dem Verhältnis zu tragen ist, in welchem die restlichen 6000 auf E und A entfallen würden, also im Verhältnis von 2 : 1, d. h. E mit 1333⅓ und B mit 666⅔? Oder hat A die Last von 500, die B mit Rücksicht auf seine Pflichtteilsberechtigung nicht zu tragen hat, ganz auf sich zu nehmen, so daß sich A's Gesamtanteil an der Pflichtteilslast auf 1000 beläuft? Von diesen drei Lösungen entspricht die zweite am meisten der Billigkeit, und da ihr auch der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegensteht (anders noch die 2. Aufl. d. B. S. 242 Anm. 1 und Kipp bei W. III S. 404), wird man sie annehmen dürfen. So wie es scheint auch Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2318.

Digitized by Google

und seiner Ehegattin, seiner Meinung nach mit Recht, den Pflichtteil entzogen. Der Nachlaß beläuft sich auf 16000, wovon aber 12000 für Vermächtnisse und Auflagen zu verausgaben sind. Nimmt der Sohn die Erbschaft an (vgl. § 2306), so ist ihm, obschon er in seinem Pflichtteil verkürzt ist, eine Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen versagt; er muß sich also mit den ihm verbleibenden 4000 begnügen. Setzt man aber weiter voraus, daß die Witwe des Erblassers ihren auf 2000 sich belaufenden Pflichtteilsanspruch mit Erfolg geltend macht, so scheint der Sohn nach dem Wortlaut des § 2318 Abs. 3 die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen soweit kürzen zu dürfen, daß ihm sein voller Pflichtteil im Betrage von 6000 verbliebe, und er hierdurch besser stände, als er gestellt gewesen sein würde, wenn die Witwe ihren Pflichtteilsanspruch nicht durchgesetzt hätte. Dieses Resultat ist aber sachlich unannehmbar und muß (der Absicht des Gesetzes entsprechend) dahin berichtigt werden, daß der Sohn die Vermächtnisse und Auflagen nur soweit kürzen darf, als er infolge der von ihm zu tragenden Pflichtteilslast hinsichtlich seines Pflichtteils noch weiter beeinträchtigt wird, als er dies ohnehin schon ist.[9])

II. Sind mehrere Erben vorhanden, so haben sie zur Deckung einer auf dem Nachlaß ruhenden Pflichtteilslast untereinander regelmäßig nach Verhältnis ihrer Erbteile beizutragen. Abweichungen hiervon treten jedoch in folgenden Fällen ein: Wird jemand an Stelle des Pflichtteilsberechtigten, sei es, weil dieser von der Erbfolge ausgeschlossen ist, sei es, weil er seinen gesetzlichen Erbteil (mit Rücksicht auf die ihm auferlegten Beschwerungen) ausgeschlagen hat, gesetzlicher Erbe, so hat jener im Verhältnis zum Miterben die Pflichtteilslast in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen (§ 2320 Abs. 1). Beispiel: Ein Erblasser, der zwei Söhne A und B und von dem Sohne A noch einen Enkel E hat, schließt den Sohn A von der gesetzlichen Erbfolge aus und will ihm, weil er die Voraussetzungen hierfür als gegeben ansieht, auch den Pflichtteil entziehen.

---

[9]) Zustimmend Hellmann S. 229, Kipp bei W. III S. 405, Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2318. Schiffner S. 59 Anm. 12 wirft gegenüber obigem Beispielsfalle die Frage auf, ob denn der Sohn, nachdem er das ihm Hinterlassene mit den auferlegten Beschwerungen angenommen habe, überhaupt noch pflichtteilsberechtigt sei? Darauf ist zu antworten, daß der Sohn mit Rücksicht auf § 2306 zwar nicht den spezifischen Pflichtteilsanspruch hat, aber doch noch immer pflichtteilsberechtigt im Sinne des § 2318 ist.

Digitized by Google

Bei eintretender gesetzlicher Erbfolge erben E und B zu gleichen Teilen. Allein A setzt seinen Pflichtteilsanspruch durch; nach § 2320 Abs. 1 hat denselben dem B gegenüber E allein[9a]) zu tragen. Dieselbe Behandlung hat im Zweifel auch rücksichtlich desjenigen einzutreten, welchem der Erblasser den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten durch Verfügung von Todeswegen zugewendet hat (§ 2320 Abs. 2); in dem eben besprochenen Beispielsfalle also würde E dem B gegenüber die Pflichtteilslast selbst dann zu tragen haben, wenn der Erblasser E und B zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt hätte.

Ist der von der Erbfolge ausgeschlossene Pflichtteilsberechtigte mit einem Vermächtnis bedacht und nimmt er dasselbe an, so hat der an Stelle des Pflichtteilsberechtigten tretende gesetzliche Erbe in der Höhe des dadurch erlangten Vorteils dem Miterben gegenüber die Last des Vermächtnisses zu tragen. Das gleiche gilt im Zweifel auch für den auf den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten berufenen gewillkürten Erben (§ 2320).

III. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte, um den Pflichtteilsanspruch in vollem Umfange geltend machen zu können (§ 2307), ein ihm zugewendetes Vermächtnis aus, so kann der Erbe, welchem die Ausschlagung zu statten kommt,[10]) wegen der Pflichtteilslast zu einer Kürzung der ihm sonst noch auferlegten Vermächtnisse und Auflagen soweit nicht schreiten, als der von ihm durch die Ausschlagung des Pflichtteilsberechtigten erlangte Vorteil reicht. Ist dagegen umgekehrt ein Vermächtnisnehmer mit einem an einen Pflichtteilsberechtigten zu entrichtenden Vermächtnis beschwert und schlägt dieser aus, so ist der Vermächtnisnehmer dem Erben gegenüber in Höhe des erlangten Vorteils zum Tragen der Pflichtteilslast verpflichtet.[11]) Vgl. § 2321.

[9a]) Nimmt man statt eines Enkels zwei vom Sohne A abstammende Enkel an, so würde jeder von ihnen „nach Höhe des erlangten Vorteils" die Pflichtteilslast zu tragen haben.

[10]) Die Ausschlagung kann übrigens im Wege der Anwachsung oder der Ersatzberufung auch einem Vermächtnisnehmer zum Vorteil gereichen. Soweit dies zutrifft, hat dann im Verhältnis zum Erben dieser Vermächtnisnehmer die Pflichtteilslast zu tragen.

[11]) Hat sich der Pflichtteilsberechtigte für die Ausschlagung des Vermächtnisses entschieden, so wird der Erbe die Entrichtung des Hauptvermächtnisses zwar nicht in buchstäblicher, aber doch in entsprechender Anwendung des § 273 soweit verweigern können, als dieses zur Deckung des Pflichtteilsanspruchs

Digitized by Google

IV. Hat der Pflichtteilsberechtigte eine mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwerte Zuwendung, sei es nun eine Berufung zur Erbfolge,[12]) sei es ein Vermächtnis,[13]) ausgeschlagen, so kann derjenige, welchem die Ausschlagung zu statten kommt, diese Beschwerungen soweit kürzen,[14]) als dies zur Deckung der Pflichtteilslast erforderlich ist (§ 2322).

V. Soweit der dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber zur Leistung des Pflichtteils verpflichtete Erbe die Pflichtteilslast auf Grund der Vorschriften der §§ 2320 bis 2322 (vgl. dazu die Ausführungen unter II bis IV) auf einen anderen abwälzen kann, ist er zu der

---

heranzuziehen ist. Ja man wird noch weiter gehen und dem Erben ein solches Leistungsverweigerungsrecht selbst dann zuschreiben müssen, wenn noch zweifelhaft ist, ob der Pflichtteilsberechtigte das Untervermächtnis annimmt oder ausschlägt. Denn auch schon zu dieser Zeit steht fest, daß der Hauptvermächtnisnehmer dem Erben gegenüber die Pflichtteilslast jedenfalls zu tragen hat. Nach Maßgabe des § 273 Abs. 3 wird jedoch der Hauptvermächtnisnehmer das Zurückbehaltungsrecht des Erben durch Sicherheitsleistung abwenden können. Wesentlich anders freilich Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2321. Darnach soll der Erbe dem Hauptvermächtnisnehmer gegenüber zur Zurückbehaltung erst berechtigt sein, nachdem er dem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil geleistet hat.

[12]) Hierbei kommen zwei Gruppen von Fällen in Betracht: 1. Die Fälle des § 2306 Abs. 1 Satz 2, in denen die Ausschlagung der Erbschaft zur Folge hat, daß der Ausschlagende selbst den Pflichtteilsanspruch geltend machen kann. 2. Diejenigen Fälle, in welchen mit der Ausschlagung der Erbschaft die Wirkung verknüpft ist, daß nicht der Ausschlagende selbst, sondern ein entfernterer Verwandter zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs berechtigt ist. Vgl. hierzu § 50 d. D. unter II und unter IV Z. 3 a, c, d.

[13]) Die in der vorhergehenden Anm. vorgenommene Unterscheidung ist auch hier zu machen. Vgl. einerseits § 2307 (hier kann der das Vermächtnis Ausschlagende den Pflichtteil verlangen) und andererseits § 50 d. D. IV Z. 3 b und d.

[14]) Das dem Pflichtteilsberechtigten selbst im § 2306 Abs. 1 Satz 2 und im § 2307 Abs. 1 für den Fall der Annahme der Zuwendung versagte Recht zur Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen wird also im Falle der Ausschlagung durch den Pflichtteilsberechtigten demjenigen zugestanden, welchem die Ausschlagung zu statten kommt. Das Kürzungsrecht greift auch gegenüber den gesetzlichen Vermächtnissen der §§ 2311, 1969 durch. Im ersten Falle tritt jedoch die Ausnahme ein, daß eine Kürzung des Voraus des überlebenden Ehegatten wegen des den Eltern gebührenden Pflichtteils nicht stattfindet. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3 z. § 2322.

Digitized by Google

ihm sonst nach Maßgabe von § 2318 Abs. 1 [15]) zustehenden Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen nicht berechtigt (§ 2323).

VI. Die unter I bis V besprochenen Bestimmungen des § 2318 Abs. 1 und der §§ 2320 bis 2323 über die Abwälzung der Pflichtteilslast sind nur dispositiver Natur.[16]) Der Erblasser kann daher in dieser Beziehung durch Verfügung von Todeswegen Abweichendes anordnen.[17]) Vgl. § 2324.[18]) An der kraft Gesetzes eintretenden

---

[15]) Vgl. die Ausführung des Textes unter I. Es läßt sich übrigens auch denken, daß ein pflichtteilsberechtigter Erbe, der wegen eines gegen ihn sich richtenden Pflichtteilsanspruchs eines anderen grundsätzlich nach § 2318 Abs. 3 zur Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen berechtigt ist, die Pflichtteilslast nach den Vorschriften der §§ 2320 bis 2322 auf einen anderen abwälzen kann. Beispiel: Nachlaßbestand = 20000. Als Erben zu gleichen Teilen sind eingesetzt: des Erblassers Sohn A und des Erblassers Enkel E von des Erblassers zweitem Sohne B, hinsichtlich dessen der Erblasser auch eine Pflichtteilsentziehung ausgesprochen hat, die sich aber hinterher als nicht wirksam erweist. Die Erben A und E sind ferner mit von ihnen im Verhältnis untereinander zu gleichen Teilen zu tragenden Vermächtnissen im Gesamtbetrag von 10000 belastet. Dringt unter solchen Umständen B mit seinem auf 5000 sich belaufenden Pflichtteilsanspruch durch, so ist dieser im Verhältnis zwischen A und E von dem letzteren allein zu tragen (§ 2320). Steht hier dem A trotzdem wegen des ihm selbst in der Höhe von 5000 gebührenden Pflichtteils hinsichtlich der ihn treffenden Vermächtnisbeschwerungen ein Kürzungsrecht nach § 2318 Abs. 3 zu? Die Entscheidung scheint dadurch zweifelhaft zu werden, daß § 2318 Abs. 3 in § 2323 nicht berufen ist. Das Wesen der Sache berechtigt jedoch zu dem Schlusse, daß A, soweit ihm die wegen des Pflichtteilsanspruchs des B treffende Pflichtteilslast von E bereits abgenommen ist, zur Kürzung der Vermächtnisse nicht mehr berechtigt sein kann, und daß er, wenn diese Abnahme noch nicht erfolgt ist, den Vermächtnisnehmern gegenüber zu einer Kürzung nach § 2318 Abs. 3 nur in Verbindung mit der Abtretung seines gegen den E begründeten Ausgleichungsanspruchs berechtigt ist. Aus der Nichtberufung des Abs. 3 von § 2318 in § 2323 dürfen also nicht der Absicht des Gesetzes zuwiderlaufende Schlüsse gezogen werden.

[16]) Über die zwingende Natur der Vorschrift des § 2319 vgl. die Ausführung des Textes vor I.

[17]) Die Anordnung kann insbesondere dahin gehen, daß ein Miterbe im Verhältnis zu anderen Miterben die Pflichtteilslast allein zu tragen habe, oder daß der Erbe wegen eines gegen ihn sich richtenden Pflichtteilsanspruchs zur Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen nicht berechtigt sein solle u. dgl. Die gesetzlichen Vorschriften über die Beschränkbarkeit der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten werden aber durch eine solche Anordnung des Erblassers selbstverständlich nicht berührt.

[18]) Abs. 3 von § 2318 ist in § 2324 nicht berufen. Dies erklärt sich

Digitized by Google

Haftung des Erben dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber vermag dagegen der Erblasser nichts zu ändern.

II. Die Berücksichtigung von Vorempfängen.

1. Anrechnung auf den Pflichtteil.

§ 55.

Bei der Pflichtteilsberechnung sind unter Umständen Gaben zu berücksichtigen, die dem Pflichtteilsberechtigten vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zugewendet worden sind. Die Berücksichtigung einer solchen Gabe kann zunächst darin bestehen, daß der Pflichtteilsberechtigte sich den Wert derselben auf den Pflicht-

---

wohl daraus, daß die Bestimmung des bezeichneten Absatzes in der Tat einen anderen Charakter hat als die in § 2324 allein berufenen Vorschriften des § 2318 Abs. 1 und der §§ 2320 bis 2323. Die letzteren beziehen sich darauf, wer im Verhältnis mehrerer nicht pflichtteilsberechtigter Personen untereinander eine bestimmte Pflichtteilslast zu tragen hat, und sind mit Rücksicht hierauf rein dispositiver Natur; Abs. 3 von § 2318 sorgt dagegen dafür, daß einem pflichtteilsberechtigten Erben, der nicht nur mit dem Pflichtteilsanspruch eines anderen, sondern außerdem auch noch mit Vermächtnissen und Auflagen belastet ist, jedenfalls sein Pflichtteil verbleibt, und ist insoweit zwingender Natur, daß der Erblasser dem zur Erbfolge berufenen Pflichtteilsberechtigten die Wahrung seines Rechtes auf den Pflichtteil offen lassen muß. Fraglich kann nur sein, ob der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten, welchem ein die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigender, aber mit Vermächtnissen und Auflagen beschwerter Erbteil hinterlassen ist, nicht vor die Wahl stellen kann, entweder außer den Vermächtnissen und Auflagen auch noch die ihm wegen des Pflichtteilsanspruchs eines anderen treffende Pflichtteilslast zu tragen, oder den Erbteil auszuschlagen und sich auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zu beschränken. Diese Frage wird grundsätzlich verneint werden müssen. Die Absicht des Gesetzes scheint vielmehr dahin zu gehen, daß der pflichtteilsberechtigte Erbe bei der angegebenen Sachlage zur Ausschlagung des Erbteils nicht genötigt, sondern im Falle der Annahme zur Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen in gleichem Maße berechtigt sein solle, wie es im Falle der Ausschlagung des Erbteils nach § 2322 derjenige sein würde, welchem die Ausschlagung zu statten kommt (vgl. auch Protokolle V S. 547; abw. A. Kipp bei W. III S. 405 Z. 2 a. E.). Anders ist jedoch dann zu entscheiden, wenn zu den Vermächtnissen, mit welchen der pflichtteilsberechtigte Erbe belastet ist, auch ein solches gehört, das einem anderen Pflichtteilsberechtigten zur Deckung des ihm gebührenden Pflichtteils dienen soll. Dann greift Abs. 3 von § 2318 nicht ein, sondern lediglich § 2306 Abs. 1 Satz 2 bzw., wenn der pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer ausschlägt, § 2321.

Digitized by Google

teil anrechnen zu lassen hat. Mit dieser Anrechnung beschäftigt sich § 2315.

I. Nach der berufenen Bestimmung hat sich der Pflichtteilsberechtigte, gleichviel ob er ein Abkömmling des Erblassers ist oder nicht ist, auf den Pflichtteil lediglich[1]) dasjenige anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, daß es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll (§ 2315 Abs. 1). Indem der empfangende Teil das ihm vom Erblasser mit der bezeichneten Bestimmung Zugewendete annimmt, fügt er sich der Bestimmung und wird diese infolge der erzielten Einigung, die einer Form nicht bedarf und auch nicht ausdrücklich erklärt zu sein braucht, wirksam.[2]) Kraft gesetzlicher Vorschrift findet eine nach § 2315 zu

[1]) Etwas anders noch § 2288 der Reichstagsvorlage.

[2]) Beispiel: Der Erblasser bietet einem Pflichtteilsberechtigten 5000 mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil an. Der letztere nimmt die Zuwendung mit dieser Bestimmung an. Hier erfolgt die Einigung über die Bestimmung gleichzeitig mit der Perfektion der Zuwendung. Es ist aber auch möglich, daß die mit der im Texte bezeichneten Bestimmung erfolgende Zuwendung der Einigung über die Bestimmung vorangeht, so z. B. wenn der Erblasser Schulden des Pflichtteilsberechtigten im Betrage von 5000 mit der gleichzeitig verlautbarten Bestimmung bezahlt, daß diese 5000 auf den Pflichtteil angerechnet werden sollen. In solchem Falle bedarf es zum Wirksamwerden der Bestimmung noch der durch nachträgliche Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten hergestellten Einigung. Ist die Einigung nicht zu erzielen oder stellt sie sich als nichtig heraus, so unterliegt die bereits erfolgte Zuwendung der Kondiktion nach § 812. Verkannt wird der Charakter des im § 2315 bezeichneten Rechtsgeschäfts von Wilke S. 276 Z. 4 (vgl. auch S. 277 Z. 6). Er meint, daß, wenn die Zuwendung nicht auf einseitigem Rechtsgeschäft des Erblassers, sondern auf Vertrag zwischen ihm und dem Pflichtteilsberechtigten beruht, ein nach den Vorschriften der §§ 2346, 2348 zu beurteilender Erbverzicht vorliege. Hiergegen ist einerseits zu bemerken, daß die Einigung über die Bestimmung bei der Zuwendung im Falle des § 2315 niemals fehlen darf, sodann daß von einem nach den Grundsätzen des Erbverzichts zu behandelnden Vertrag nur dann die Rede sein kann, wenn ein Pflichtteilsberechtigter hinsichtlich einer Zuwendung, die ihm der Erblasser nicht mit der im § 2315 bezeichneten Bestimmung gemacht hat, hinterher mit dem Erblasser vereinbart, daß sie auf den Pflichtteil angerechnet werden soll oder, wenn die Anrechnung nach der Bestimmung des Erblassers hinsichtlich eines Gegenstandes stattfinden soll, zu dessen Leistung der Erblasser dem Empfänger von Rechtswegen verpflichtet ist, oder wenn der in Anm. 8 a. E. bezeichnete Fall vorliegt.

Digitized by Google

beurteilende Anrechnung niemals statt. Die wahrscheinliche Folge hiervon dürfte sein, daß der Anrechnung von Vorempfängen auf den Pflichtteil nur sehr untergeordnete praktische Bedeutung zukommen wird. Denn obschon es zu den allergewöhnlichsten Vorkommnissen gehört, daß ein Erblasser einer nach seinem Tode als pflichtteilsberechtigt in Betracht kommenden Person durch Rechtsgeschäft unter Lebenden Zuwendungen macht, deren Anrechnung auf den Pflichtteil seiner Intention durchaus entspricht, so wird hierbei doch vom Erblasser nur in den allerseltensten Fällen eine besondere Bestimmung im Sinne des § 2315 Abs. 1 getroffen. Der Grund dafür liegt einfach darin, daß die meisten Erblasser als mit den schwierigen Bestimmungen des Pflichtteilsrechtes unvertraute Laien gar keine Veranlassung finden, dort mit besonderen Erklärungen einzugreifen, wo sie erwarten zu dürfen glauben, daß das Gesetz für sie denkt und typische Absichten zur Verwirklichung bringt, obschon sie nicht besonders erklärt wurden.

II. Der dem § 2315 BGB. entsprechende § 2288 der Reichstagsvorlage enthielt als Satz 2 von Abs. 1 noch folgende Vorschrift: „Die Bestimmung, daß eine Zuwendung auf den Erbteil angerechnet werden soll, gilt im Zweifel auch für die Anrechnung auf den Pflichtteil". Von der Reichstagskommission[3]) ist diese Auslegungsregel jedoch als zu weitgehend befunden und deshalb gestrichen worden. Dies ist nicht zu bedauern. Denn auch ohne diese Auslegungsregel wird freie Interpretation meist zu dem Ergebnis führen, daß in der die Anrechnung auf den Erbteil enthaltenden Bestimmung auch die der Anrechnung auf den Pflichtteil mit enthalten ist. Immerhin lassen sich aber mit Rücksicht darauf, daß es auch bei der unter Abkömmlingen des Erblassers nach den §§ 2050 ff. zu treffenden Ausgleichung zu einer Anrechnung des Vorempfangs auf den Erbteil (vgl. § 2055) kommt, und daß die nach § 2050 nur der Ausgleichung unterliegenden Vorempfänge auf den Pflichtteil nicht anzurechnen sind (vgl. auch § 2316), auch Fälle denken, wo der die Anrechnung eines Vorempfangs auf den Erbteil anordnende Erblasser dabei nur eine Anrechnung zum Zwecke der Ausgleichung im Sinne des § 2055, keineswegs aber eine Anrechnung auf den Pflichtteil im Auge hatte.

Hatte der Erblasser bei einer dem Pflichtteilsberechtigten unter

[3]) Vgl. den Bericht der Reichstagsvorlage S. 21.

Digitized by Google

Lebenden gemachten Zuwendung bestimmt, daß sie diesem auf den Pflichtteil angerechnet werden solle, und kommt es trotzdem zur regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge, so entsteht die Frage, ob sich der Empfänger im Interesse der bei der gesetzlichen Erbfolge Miterbenden den Wert der erhaltenen Gabe auf seinen gesetzlichen Erbteil anrechnen zu lassen hat.[4]) Das Gesetz gibt keine Entscheidung. Die Auslegung kann je nach Lage des Falles zu verschiedenen Ergebnissen führen. Überwiegend dürfte aber doch wohl im bejahenden Sinne zu entscheiden sein.[5])

III. Die dem Pflichtteilsberechtigten vom Erblasser mit der Maßgabe des § 2315 Abs. 1 gemachte Zuwendung wird nicht selten den Charakter der Schenkung haben (vgl. auch § 2327 Abs. 1 Satz 2). Die Voraussetzungen der schenkweisen Zuwendung können aber auch fehlen. So verhält es sich insbesondere, wenn die Zuwendung in einer vom Vater oder der Mutter dem pflichtteilsberechtigten Kinde gewährten und den Vermögensverhältnissen des Gebers entsprechenden Ausstattung (§ 1624) besteht. In den hierher gehörenden Fällen ist es aber wieder von bemerkenswerter Erheblichkeit, ob eine Rechtspflicht des Gebers zur Gewährung der Ausstattung begründet ist oder nicht. Trifft ersteres zu[6]) oder m. a. W. ist der Vater oder die Mutter einer Tochter gegenüber nach Maßgabe der §§ 1620 bis 1623 aussteuerpflichtig, so braucht sich die Tochter die Gewährung der Ausstattung mit der Maßgabe des § 2315 Abs. 1 nicht gefallen zu lassen; sie kann die ihr in dieser Weise angebotene Aussteuer vielmehr ablehnen, ohne in Empfangsverzug zu geraten, und somit darauf bestehen, daß ihr Aussteueranspruch ohne Beifügung einer

---

[4]) Die Möglichkeit dieser Frage übersieht Wilke S. 275 Z. 1.

[5]) Zurückhaltender die 2. Aufl. d. B. S. 246.

[6]) Anders liegt selbstverständlich der Fall, wenn für den Erblasser keine Rechtspflicht, sondern nur eine sittliche Pflicht zur Gewährung einer Ausstattung bestand. Sachlich zutreffend Planck-Ritgen Erl. 3b z. § 2315, woselbst aber mit Unrecht angenommen wird, daß in der 2. Aufl. d. B. S. 246 (der Ausdruck „verpflichtet" ist hier doch offenbar in demselben Sinne gebraucht, in dem der berufene § 1624 in Bezugnahme auf § 1620 von „Verpflichtung" redet, also im Sinne von rechtlich verpflichtet, Rechtspflicht) Abweichendes gesagt sei. Auch von Herzfelder S. 611 — der gleichfalls sachlich richtig entscheidet — ist die vorerwähnte Ausführung der 2. Aufl. mißverstanden worden. Der Verfasser hat deshalb die knappe Fassung der 2. Aufl. durch eine etwas breitere Darlegung ersetzt.

Digitized by Google

solchen Beschränkung befriedigt werde.[7]) Liegt eine Rechtsverpflichtung des Erblassers zur Gewährung einer Ausstattung nicht vor, so bleibt dem Abkömmling, welchem eine solche nach Maßgabe des § 2315 Abs. 1 angeboten ist, nur die Wahl, sie mit dieser Bestimmung anzunehmen oder überhaupt nicht zu erhalten.

IV. Der Wert der auf den Pflichtteil anzurechnenden Zuwendung bestimmt sich — soweit es nicht zwischen dem Erblasser und dem Empfänger zu einer wirksamen Einigung über einen anderen Wert gekommen ist[8]) — nach der Zeit der Zuwendung;[9]) er wird bei der Berechnung des Pflichtteils dem Nachlaß zugerechnet (§ 2315 Abs. 2).

V. Nach Abs. 3 von § 2315 soll, wenn der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers[9a]) ist, die Vorschrift des § 2051

---

[7]) Hierfür entscheidend ist folgendes: Bezüglich einer Gabe, zu deren Gewährung der Erblasser von Rechtswegen verpflichtet ist, kann zwar das Gesetz Anrechnung auf den Pflichtteil, sei es schlechthin, sei es unter bestimmten Voraussetzungen vorschreiben. Trifft aber das Gesetz eine solche Vorschrift nicht, so ist der Erblasser nicht berechtigt durch legem dicere ei, quod solvit, der Erfüllung seiner Verpflichtung nach Willkür Schranken zu setzen. Ja man wird sogar sagen dürfen, daß die vom Geber einer solchen Zuwendung bei dieser getroffene Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 für den Empfänger nur dann bindend ist, wenn den Anforderungen an einen Erbverzichtsvertrag entsprochen worden ist.

[8]) Die Zulässigkeit einer solchen Einigung kann grundsätzlich nicht bezweifelt werden, obschon ihrer im Gesetz nicht gedacht ist. Doch scheint also unterschieden werden zu müssen: Einigen sich Erblasser und Pflichtteilsberechtigter über einen Wert, der hinter dem im § 2315 Abs. 2 Satz 2 für maßgebend erklärten zurückbleibt, so gilt für diese Einigung durchaus dasselbe, was vorhin in betreff der Einigung darüber, daß ein Vorempfang auf den Pflichtteil angerechnet werden soll, gesagt worden ist. Stellt sich die dem Pflichtteilsberechtigten gemachte Zuwendung als Schenkung dar, und kommt auch noch der Pflichtteil eines anderen Pflichtteilsberechtigten in Frage, so bleibt für den letzteren § 2325 maßgebend (vgl. hierzu § 58 d. D.). Geht der durch Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten festgesetzte Wert der Zuwendung über das in § 2315 Abs. 2 Satz 2 bestimmte Maß hinaus, so dürfte in solcher Vereinbarung ein nach § 2348 zu beurteilender teilweiser Pflichtteilsverzicht zu erblicken sein.

[9]) Vgl. hierzu auch oben § 15 (S. 71) d. D.

[9a]) Bei anderen Pflichtteilsberechtigten kann die entsprechende Anwendung des § 2051 Abs. 1 überhaupt nicht in Frage kommen.

Digitized by Google

Abs. 1[10]) entsprechende Anwendung finden. Die praktische Bedeutung hiervon soll an zwei Beispielen klargestellt werden.

1. Es sind mehrere Abkömmlinge vorhanden, etwa der Enkel X von des Erblassers vorverstorbenem, mit einer unter § 2315 Abs. 1 fallenden Gabe ausgestattet gewesenen Sohne A und des Erblassers noch lebender Sohn B. Hier ist es mit Rücksicht auf die Berufung von § 2051 Abs. 1 in § 2315 Abs. 3 ganz zweifellos, daß X sich auf seinen Pflichtteil das anrechnen lassen muß, was sein Vater A als der Anrechnung unterliegenden Vorempfang erhalten hat.[11])

2. Ist die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 auch dann zur entsprechenden Anwendung zu bringen, wenn unter sonst gleichen Umständen wie unter Z. 1 nur ein Abkömmling des Erblassers, nämlich der X vorhanden ist? Hiergegen scheint zu sprechen, daß der auf die unter Abkömmlingen zu treffende Ausgleichung sich beziehende § 2051 das Vorhandensein mehrerer, nebeneinander erbenden Abkömmlinge des Erblassers zur unerläßlichen Voraussetzung hat. Zu Gunsten der entsprechenden Anwendung ist jedoch neben der allgemeinen Fassung des § 2315 Abs. 3 das Wesen der Sache[12]) entscheidend. Denn behandelt man den unter Z. 1 besprochenen Fall schon einmal so, wie vorhin ausgeführt worden ist, so muß man folgerichtig dieselbe Behandlung auch eintreten lassen, wenn X bei eintretender gesetzlicher Erbfolge der einzige Erbe sein würde. Andernfalls würde man zu dem widersinnigen Ergebnisse gelangen, daß der eingesetzte heres extraneus besser steht, wenn neben dem Enkel X auch noch des Erblassers zweiter Sohn vorhanden ist, als wenn X allein als pflichtteilsberechtigter Abkömmling in Betracht kommt.[13])

---

[10]) Vgl. oben § 14 (S. 69) d. Darstellung.

[11]) Darauf, ob an den X von dem Vorempfang, den sein Vater A erhalten hatte, etwas gelangt ist, kommt gar nichts an. Das sich hiernach für den X herausstellende Ergebnis ist für ihn ganz besonders hart, wenn er außer stande ist, sich selbst zu erhalten. Denn auf den Pflichtteil muß sich X die von seinem Vater vorausempfangene Gabe anrechnen lassen, so daß ein Pflichtteilsanspruch möglicherweise ganz entfällt, und der dem X gegen den Erblasser zustehend gewesene Unterhaltsanspruch erlischt nach § 1615 mit dem Tode des Erblassers. Vgl. hierzu die beachtenswerten Ausführungen von Bernhöft a. a. O. S. 61 ff.

[12]) Hierbei ist aber selbstverständlich nur das Wesen der Sache von dem Standpunkte aus gemeint, welchen das BGB. einnimmt.

[13]) Beispiel: Nachlaß = 30000. Als Erbe eingesetzt ist ein extraneus.

Digitized by Google

VI. Eine nach § 2315 erfolgende Anrechnung auf den Pflichtteil kann natürlich zur Folge haben, daß der Pflichtteilsberechtigte einen Pflichtteilsanspruch gegen den Erben deshalb nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann, weil der Pflichtteil durch den anzurechnenden Vorempfang ohnedies gedeckt ist. Wo dies zutrifft, entsteht dann die Frage, ob ein solcher Pflichtteilsberechtigter im Sinne des § 2309 zu denjenigen gehört, welche den Pflichtteil verlangen können, oder welche ihn nicht verlangen können. Die letztere Entscheidung hätte z. B. in dem Falle, daß der in Frage stehende Pflichtteilsberechtigte der einzige (nachkommenlose) Abkömmling des Erblassers ist, zur Folge, daß nunmehr die Eltern des Erblassers den Pflichtteil verlangen könnten. Dies ist abzuweisen. Die Entscheidung muß vielmehr lauten: daß der Abkömmling bei dieser Lage der Dinge den Pflichtteil im Sinne des § 2309 allerdings „verlangen" kann, rechnungsmäßig aber als Pflichtteil nichts mehr erhält. Von einem Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten des Erblassers kann darnach nicht mehr die Rede sein.[14])

Die Beurteilung muß sich jedoch wesentlich verschieben, wenn angenommen wird, daß es der Erblasser hinsichtlich des Abkömmlings, obschon dieser in Ansehung seines Pflichtteils durch den erhaltenen und unter § 2315 fallenden Vorempfang vollständig gedeckt ist, bei der gesetzlichen Erbfolge derart hat bewenden lassen, daß zum Nachteil des Abkömmlings nicht einmal Beschränkungen oder Beschwerungen der im § 2306 erwähnten Art verfügt sind. Schlägt hier der Abkömmling aus, so kann er einen Pflichtteil überhaupt nicht mehr

---

In Betracht kommende Abkömmlinge des Erblassers sind: der Enkel X (dessen Vater A einen unter § 2050 fallenden, zufolge wirksamer Bestimmung des Erblassers aber auf den Pflichtteil anzurechnenden Vorempfang von 10000 erhalten hat) und der Sohn (des Erblassers) B. Die gesetzlichen Erbteile des X und B betragen je $\frac{30000+10000}{2} = 20000$ und daher die Pflichtteile derselben je 10000. Effektiv erhält jedoch X nichts, weil er sich den Vorempfang seines Vaters auf den Pflichtteil anrechnen lassen muß. Es verbleiben dem heres extraneus somit 20000. Ist X allein vorhanden und wollte man die Bestimmung des § 2051 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung nicht bringen, so erhielte X als Pflichtteil 15000 und würden dem heres extraneus nur 15000 verbleiben. Quod erat demonstrandum.

[14]) Hinsichtlich dieses Punktes besteht keine Verschiedenheit der Meinungen.

Digitized by Google

„verlangen", und die Folge davon ist, daß nunmehr nach § 2309 die noch lebenden Eltern des Erblassers pflichtteilsberechtigt sind. Zu demselben Resultat gelangt man auch dann, wenn gegenüber dem einzigen (nachkommenlosen) Abkömmling des Erblassers, der einen seinen Pflichtteil nach § 2315 vollständig deckenden Vorempfang erhalten hatte, die Erbunwürdigkeit mit Erfolg geltend gemacht worden ist. Die Folge davon ist, daß der Abkömmling den Pflichtteil im Sinne des § 2309 überhaupt nicht „verlangen" kann, und daß somit auch hier das Pflichtteilsrecht der Eltern zur Wirksamkeit gelangt.[15])

VII. Wenn § 2315 in seinem Abs. 2 bestimmt, daß der Wert der Zuwendung bei der Bestimmung des Pflichtteils dem Nachlaß zugerechnet wird, so bezieht sich dies grundsätzlich nur auf die Berechnung des Pflichtteils desjenigen Pflichtteilsberechtigten, welcher die Zuwendung empfangen hatte. Wie verhält es sich aber, wenn außerdem noch der Pflichtteil eines anderen Pflichtteilsberechtigten, etwa der des überlebenden Ehegatten[16]) zu berechnen ist? Man wird unterscheiden müssen. Besteht die Zuwendung an den pflichtteilsberechtigten Empfänger derselben in einer Schenkung im Sinne des § 2325, so ist sie bei der Berechnung des Pflichtteils des pflichtteilsberechtigten Ehegatten zwar nicht nach § 2315 aber doch nach § 2325 zu berücksichtigen.[17]) Andernfalls ist der Pflichtteil des neben dem Empfänger der nach § 2315 zu behandelnden Gabe pflichtteilsberechtigten überlebenden Ehegatten ohne Rücksichtnahme auf diese Gabe nur vom Nachlaßvermögen zu berechnen.[18])

---

[15]) Sachlich befriedigend sind diese Ergebnisse freilich nicht. Sie lassen sich aber leider nicht vermeiden. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. V z. § 2315. Anders Endemann III § 131 Anm. 15, der § 2051 Abs. 1 auch hier zur entsprechenden Anwendung bringen will.

[16]) Hat der Erblasser in betreff einer Zuwendung an einen Abkömmling, die abgesehen von einer bei derselben getroffenen Bestimmung bei der Pflichtteilsberechnung nach § 2316 Abs. 1 zu berücksichtigen wäre, die Anrechnung auf den Pflichtteil wirksam bestimmt, so ist wegen § 2316 allerdings nicht daran zu zweifeln, daß die nach § 2315 erfolgende Zurechnung des Wertes der Zuwendung zum Nachlaß, den übrigen pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen bei der Berechnung der ihnen gebührenden Pflichtteile zu statten kommt. Vgl. dazu die Rechnung in Anm. 13, insbesondere aber § 56 der Darstellung.

[17]) Vgl. hierzu unten § 58 d. Darstellung.

[18]) Beispiel: Nachlaß = 20000. Eingesetzt ist ein extraneus. Als pflichtteilsberechtigte Erben kommen in Betracht: A (Sohn des Erblassers), der einen nach § 2315 anzurechnenden Vorempfang im Betrage von 4000 er-

Digitized by Google

VIII. Die nach § 2315 erfolgende Anrechnung vollzieht sich von Rechtswegen; die Berufung auf die Bestimmung des Gesetzes hat also nur den Charakter der Einwendung, nicht den der Einrede im technischen Sinne.[19]) Ist ein Pflichtteilsberechtigter, der sich eine vorausempfangene Gabe auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen hat, auf einen die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigenden Erbteil unter Beifügung von Beschränkungen oder Beschwerungen als Erbe eingesetzt, so darf die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1 nicht zu buchstäblicher, sondern nur zu entsprechender Anwendung gebracht werden. Es ist demgemäß zu sagen, daß die vom Erblasser angeordneten Beschränkungen und Beschwerungen nur dann als nicht angeordnet zu gelten haben, wenn der Wert des von Beschränkungen und Beschwerungen freien Erbteils mit Zurechnung des anzurechnenden Vorempfangs den Wert des nach § 2315 berechneten Pflichtteils nicht übersteigt. Andernfalls steht der Pflichtteilsberechtigte nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 vor der Wahl, den ihm hinterlassenen Erbteil mit den Beschränkungen und Beschwerungen anzunehmen oder aber auszuschlagen, und hinsichtlich desjenigen Betrages, welcher ihm bei Anrechnung des Vorempfangs als effektiver Pflichtteil noch gebührt, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen.[20])

---

halten hat, und G (überlebender Ehegatte). Wieviel kann A als Pflichtteil effektiv beanspruchen? Die Gesamtsumme, von welcher hier zum Zwecke der Pflichtteilsberechnung der gesetzliche Erbteil des A zu berechnen ist, beläuft sich auf 20000 + 4000 = 24000; der gesetzliche Erbteil des A würde aber mit Rücksicht auf die Konkurrenz des G drei Viertel hiervon sein und somit 18000 betragen. Der nominelle Pflichtteil des A beläuft sich also auf 9000 und der effektive auf 9000 — 4000 = 5000. Wie verhält es sich aber mit dem Pflichtteil des G? Ist hierbei als gesetzlicher Erbteil ein Viertel von 24000 = 6000 oder ein Viertel von 20000 = 5000 zu Grunde zu legen? Das entscheidet sich nach Maßgabe des im Texte Gesagten. Wie hier Planck-Ritgen Erl. 4a z. § 2315. Anders Endemann § 131 Z. 2b und Frommhold S. 284 unter Z. 4. Beide wollen die nach § 2315 vorzunehmende Zurechnung des Vorempfangs eines Pflichtteilsberechtigten zum Nachlaß ohne jeden Anhalt im Gesetz in allen Fällen auch den übrigen Pflichtteilsberechtigten zu statten kommen lassen.

[19]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2315.

[20]) Wesentlich anders Planck-Ritgen Erl. 2b z. § 2315. Hier wird die Ansicht vertreten, daß, wenn der Erblasser den anrechnungspflichtigen Pflichtteilsberechtigten mit Beschränkungen und Beschwerungen zu einem die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigenden Erbteil eingesetzt hat, die

Digitized by Google

2. Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Pflichtteilsberechnung.

§ 56.

I. Besondere Vorschriften widmet das BGB. der Berechnung des Pflichtteils von Abkömmlingen, unter denen bei eintretender gesetzlicher Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen sein würde, in seinem § 2316.[1]) Wie im Falle des § 2315 so handelt es sich auch hier um die Berücksichtigung gewisser Vorempfänge bei der Pflichtteilsberechnung, aber um eine Berücksichtigung ganz anderer Art.[2]) Denn während die im § 2315 bezeichneten Vorempfänge auf den Pflichtteil anzurechnen sind, bezieht sich § 2316 auf die Anrechnung auf den Pflichtteil überhaupt nicht, sondern ist er lediglich bestrebt, die in den §§ 2050 bis 2056 enthaltenen Bestimmungen über die unter Abkömmlingen bei der gesetzlichen Erbfolge zu treffende Ausgleichung[3]) auch für die Pflichtteilsberechnung zu verwerten:

1. Behufs Herausstellung des dem § 2316 zu Grunde liegenden Gedankens empfiehlt es sich, von dem Falle auszugehen, wo dem als Erben eingesetzten extraneus nur ein Abkömmling des Erblassers

---

Beschränkungen und Beschwerungen nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 selbst dann als nicht geschrieben gelten, wenn der Pflichtteilsberechtigte, falls er auf den Pflichtteilsanspruch angewiesen wäre, schließlich nichts erhielte. Zur Würdigung dieser Auffassung dürfte folgender Beispielsfall geeignet sein. Der Erblasser bestimmt: Obschon mein Sohn X von mir schon bedeutende, auf seinen Pflichtteil anzurechnende Vorempfänge und hierdurch im ganzen sehr viel mehr erhalten hat, als ihm als Pflichtteil gebühren würde, so setze ich ihn doch noch auf die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils als Erben ein, jedoch mit der Beifügung, daß sein Erbteil nach seinem Tode auf seine Tochter Y als Nacherbin übergehen soll. Nach Planck-Ritgen würde hier, selbst wenn der vom Erblasser angegebene Sachverhalt durchaus richtig ist, die Anordnung der Nacherbfolge als nicht geschrieben zu behandeln sein, und X somit, obschon ihm ein effektiver Pflichtteil nicht mehr gebührt, mehr aus dem Nachlaß erlangen müssen, als ihm der Erblasser zugestanden hat. Ein solches Ergebnis kann der Absicht des Gesetzes unmöglich entsprechen.

[1]) Vgl. den Bericht der Reichstagskommission S. 22.

[2]) Vgl. hierzu Ubbelohde in Iherings Jahrbüchern Bd. 39 S. 141 ff., dessen Ausführungen aber freilich wenig befriedigen.

[3]) Vgl. hierüber oben §§ 13 bis 16 d. D.

Digitized by Google

gegenübersteht, welcher von diesem einen unter § 2050 (nicht aber auch unter § 2315) fallenden Vorempfang, also etwa eine Ausstattung, erhalten hatte. Der Bestand des Nachlasses soll mit 10000, der Vorempfang des Abkömmlings ebenfalls mit 10000 angenommen werden. Wie viel kann hier der Abkömmling als Pflichtteil beanspruchen? Es scheint ziemlich naheliegend zu sein, daß der Vorempfang dem Bestand des Nachlasses zugerechnet und auf den darnach sich ergebenden Pflichtteil angerechnet wird. Ansätze zu solcher Behandlung finden sich schon im römischen Rechte, einige Partikulargesetzgebungen haben sie grundsätzlich angenommen und der Entwurf I. Lesung war ihnen hierin in seinem § 1989 gefolgt. Das BGB. weist jedoch diese Auffassung vollständig ab. Von seinem Standpunkte aus ist vielmehr entscheidend, daß der gesetzliche Erbteil des einzigen Abkömmlings ungeachtet eines von demselben erhaltenen und nach § 2050 zu beurteilenden Vorempfangs die ganze Erbschaft, also in unserem Falle 10000 ausmacht. Da aber der Pflichtteil der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils gleich sein soll, so gebührt dem Abkömmling nach der Auffassung des BGB. als Pflichtteil der Betrag von 5000.

2. Sind *mehrere* Abkömmlinge vorhanden, so bestimmt sich der Pflichtteil jedes einzelnen von ihnen „nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde" (§ 2316 Abs. 1). Es ist hiernach folgendes Verfahren einzuschlagen:

a) Dem Werte des reinen Nachlasses, soweit er unter die Abkömmlinge zu verteilen ist, sind die Werte sämtlicher der Ausgleichung unterliegenden Zuwendungen zuzurechnen (§ 2055).

b) Auf Grundlage der nach a sich ergebenden Summe werden die „Erbteile" der einzelnen Abkömmlinge berechnet (§ 2055).

c) Von dem Erbteil jedes Abkömmlings ist der Wert desjenigen in Abzug zu bringen, was der betreffende Abkömmling an der Ausgleichung unterliegenden Zuwendungen erhalten hat. Damit ist der Betrag gewonnen, den der Abkömmling im Falle der gesetzlichen Erbfolge *aus dem wirklichen Nachlaßbestande* bei der Teilung erhalten würde.[4])

---

[4]) Ganz ebenso, aber in kürzerer, auf die Herausstellung der Endresultate sich beschränkender Fassung schon die 1. Auflage dieses Buches S. 91. Zur

Digitized by Google

d) Die Hälfte des zu Gunsten des einzelnen Abkömmlings nach Maßgabe von c sich herausstellenden Betrags ist der Pflichtteil dieses Abkömmlings.

Die angegebene Berechnungsweise soll jetzt noch an folgenden Beispielen veranschaulicht werden:

α) Eingesetzt ist ein heres extraneus. Nachlaßbestand = 10000. Von den beiden Söhnen des Erblassers A und B hat der erstere eine Ausstattung von 10000, B nichts voraus empfangen. Nach Maßgabe des oben unter a bis c geschilderten Verfahrens würde hier unter der Voraussetzung, daß die beiden Söhne des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge gelangten, auf A bei der Teilung von dem wirklichen Nachlaßbestande nichts entfallen, und dem B somit der ganze Nachlaß zukommen. Dem entsprechend (vgl. oben unter d) erhält A auch als Pflichtteil nichts, während der Pflichtteil des B 5000 beträgt.[5])

β) Hatte unter sonst gleichen Umständen wie im Falle α auch B eine Ausstattung von 10000 empfangen, so würden bei der gesetzlichen Erbfolge jedem Sohne 5000 aus dem wirklichen Nachlaßbestande zukommen und beträgt daher der Pflichtteil jedes Sohnes 2500.[6])

Vermeidung von Mißverständnissen werden aber hier und im folgenden auch die einzelnen Rechnungsoperationen vorgelegt. Die polemischen Ausführungen der 2. Auflage S. 251 Anm. 4 können aber nunmehr entfallen, da in der Sache selbst Meinungsverschiedenheit nicht mehr besteht.

[5]) Rechnung: a) 10000 (Nachlaßbestand) + 10000 (Vorempfang des A) = 20000 (vgl. das im Texte unter a Gesagte); b) gesetzliche Erbteile des A und B im Sinne des § 2055 = je 10000 (vgl. dazu Text unter b); c) der bei der Teilung auf den A entfallende Anteil am wirklichen Nachlaßbestande würde sich auf 10000—10000, d. h. auf Null herausstellen, der auf den B entfallende Anteil dagegen auf 10000, d. i. auf den ganzen Nachlaß (vgl. dazu Text unter c). Nach der im Entwurf I angenommenen Berechnungsweise würden die Pflichtteile in unserem Falle nicht von den Ziffern unter c, sondern von den Erbteilen unter b zu berechnen gewesen sein. Darnach beliefe sich der nominelle Pflichtteil beider Söhne auf je 5000; da sich jedoch A seinen Vorempfang von 10000 auf den Pflichtteil anrechnen lassen müßte, so würde er dem praktischen Ergebnisse nach doch als Pflichtteil nichts mehr erhalten und somit nur B den Pflichtteilsbetrag von 5000 mit Erfolg beanspruchen können. Die sich in diesem Falle herausstellende Übereinstimmung des Resultats der nach Maßgabe des Entwurfs I vorgenommenen Berechnung mit der nach dem BGB. vorzunehmenden ist übrigens nur eine ganz zufällige.

[6]) Rechnung: a) 10000 (Nachlaßbestand) + 10000 (Vorempfang des A)

Digitized by Google

γ) Es sei schließlich noch angenommen, daß unter sonst gleichen Verhältnissen wie unter α und β die von A erhaltene Ausstattung 10000, die von B erhaltene 8000 betragen hätte. Hier würde bei der gesetzlichen Erbfolge A aus dem Nachlaß 4000, B 6000 erhalten und der Pflichtteil des ersteren somit auf 2000, der des letzteren auf 3000 sich belaufen.[7] [7a])

3. Die unter Z. 2 erläuterte Vorschrift des § 2316 Abs. 1 enthält eine bemerkenswerte Modifikation (oder wenn man lieber sagen will: eine eigenartige Ausgestaltung) der für die Pflichtteilsberechnung im § 2303 aufgestellten und sonst überall durchgeführten Regel. Denn nach dieser besteht der Pflichtteil in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Über den ziffermäßig ausgedrückten Betrag des gesetzlichen Erbteils eines ausgleichungspflichtigen Abkömmlings gibt

---

+ 10000 (Vorempfang des B) = 30000; b) Erbteile des A und B im Sinne des § 2055 = je 15000; c) die bei der Teilung auf A und B entfallenden Anteile am wirklichen Nachlaßvermögen = je 15000 — 10000 = 5000. Nach dem Entwurf I würden sich dagegen die Pflichtteile beider Söhne nominell auf die Hälfte der Erbteile unter b, d. i. also auf je 7500 belaufen, hätte sich aber zugleich jeder Sohn den Vorempfang auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, so daß, weil der Vorempfang jedes Sohnes ohnedies größer ist als der Betrag des Pflichtteils, keiner der beiden Söhne mehr etwas aus dem Nachlaß mit Erfolg als Pflichtteil beanspruchen könnte.

[7]) Rechnung: a) 10000 (Nachlaßbestand) + 10000 (Vorempfang des A) + 8000 (Vorempfang des B) = 28000; b) gesetzliche Erbteile von A und B im Sinne des § 2055 = je 14000; c) Anteil des A bei der Teilung des wirklichen Nachlaßbestandes = 14000 — 10000 = 4000, Anteil des B = 14000 — 8000 = 6000. Nach der Methode des E. I würde dagegen weder A noch B aus dem Titel des Pflichtteilsrechts einen Anspruch gegen den Erben stellen können, da jeder von beiden schon mehr als Vorempfang erhalten hat, als der ermittelte Pflichtteil ausmacht.

[7a]) Einen instruktiven Beitrag zur Anwendung des § 2316 dürfte noch folgender Fall liefern. Nachlaß = 20000. Als Erbe ist ein extraneus eingesetzt. Die nächsten Verwandten des Erblassers sind: dessen Enkel X (abstammend von des Erblassers Sohne A) und Y (abstammend von des Erblassers Sohne B). Außerdem sei noch vorausgesetzt, daß X bei Lebzeiten seines Vaters A vom Erblasser eine Ausstattung von 20000 erhalten hat, und daß eine Ausstattung von gleicher Höhe zwar nicht dem Y, wohl aber dessen vor dem Erblasser verstorbenen und von Y nicht beerbten Vater B zugekommen ist. Wie groß sind die Pflichtteile von X und Y? Die Anwendung des § 2316 in Verbindung mit den (nach § 2316 maßgebenden) §§ 2051, 2053 führt zu dem Resultate, daß X vom Erben als Pflichtteil 10000 zu beanspruchen hat, während der Pflichtteil des Y gleich Null ist.

Digitized by Google

uns aber § 2055 unzweideutigen Aufschluß. Darnach ist dieser Betrag gleich dem der Erbquote des Abkömmlings entsprechenden Bruchteil derjenigen Summe, welche durch Zurechnung der auszugleichenden Zuwendungen zu dem Nachlaßbestande, soweit er den Abkömmlingen zukommt, gewonnen wird.[8]) Der ziffermäßige Betrag der gesetzlichen Erbteile der beiden Söhne des Erblassers A und B beläuft sich daher im Falle α auf je 10000, im Falle β auf je 15000 und im Falle γ auf je 14000.

Nach § 2316 Abs. 1 dagegen ist der Pflichtteil eines ausgleichungspflichtigen Abkömmlings nicht von dem gesetzlichen Erbteil des Abkömmlings in dem soeben festgestellten Sinne zu berechnen,[9]) sondern von einem Betrage, der auf Grundlage desjenigen, was § 2055 als gesetzlichen Erbteil des Abkömmlings bezeichnet, durch eine weitere Rechnungsoperation[10]) erst noch zu gewinnen ist[11]) und

---

[8]) Vgl. auch Ubbelohde S. 149.

[9]) Bei der regelmäßigen Berechnung des Pflichtteils bleibt es dagegen im Falle des § 2315. Beispiel: Nachlaß = 10000. Als nächste gesetzliche Erben kommen des Erblassers Eltern in Betracht, von denen der Vater eine auf den Pflichtteil anzurechnende Schenkung von 4000, die Mutter ein solche von 2000 erhalten hatte. Eingesetzt ist ein extraneus. Nach § 2315 (in Verbindung mit § 2327 Abs. 1) sind hier die gesetzlichen Erbteile des Vaters und der Mutter von der Summe zu berechnen, welche sich durch Hinzurechnung der Vorempfänge zum Nachlaßer gibt, d. i. von 10000 + 4000 + 2000 = 16000. Die der Pflichtteilsberechnung zu Grunde zu legenden „gesetzlichen Erbteile" von Vater und Mutter betragen hiernach je 8000 und die Pflichtteile (nebst Ergänzung) je 4000. Allerdings hat sich aber jetzt noch der Vater 4000 auf seinen und die Mutter 2000 auf ihren Pflichtteil (nebst Ergänzung) anrechnen zu lassen.

[10]) Gehören zu den Abkömmlingen, unter welchen die Ausgleichung stattfindet, auch solche, die einen auszugleichenden Vorempfang nicht erhalten hatten, so entfällt rücksichtlich ihrer gesetzlichen Erbteile wegen des Mangels einer Abzugspost die im Texte erwähnte weitere Rechnungsoperation. Dasjenige, was auf den gesetzlichen Erbteil eines solchen Abkömmlings unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht der übrigen Abkömmlinge bei der Teilung entfallen würde, ist daher mit dem nach § 2055 berechneten gesetzlichen Erbteil allerdings identisch.

[11]) Dies wird im Bericht der Reichstagskommission S. 22, ferner bei Schiffner S. 44 Anm. 28 nicht genügend beachtet. Das in dem bezeichneten Berichte und von dem genannten Schriftsteller eingeschlagene Verfahren ist zwar richtig; unzutreffend ist jedoch die Identifizierung des Betrages, von welchem der Pflichtteil berechnet wird, mit dem gesetzlichen Erbteil.

Digitized by Google

den ziffermäßigen Anteil herausstellt, welcher auf den gesetzlichen Erbteil des Abkömmlings von dem wirklichen Nachlaßbestande bei der Teilung[12]) entfallen würde.[13])

II. In den durch die Bestimmung des § 2316 Abs. 1 getroffenen Fällen ergibt sich zu Gunsten desjenigen Abkömmlings, welcher nichts oder doch weniger zur Ausgleichung zu bringen hat als der neben ihm in Betracht kommende Abkömmling, ein Pflichtteil, dessen Betrag notwendig größer sein muß als der Wert der Hälfte des lediglich von dem reinen Erbvermögen berechneten gesetzlichen Erbteils. Infolge davon ist es daher auch möglich, daß der Pflichtteil eines solchen Abkömmlings selbst dann noch nicht gedeckt ist, wenn dieser zu einem Erbteil Erbe wird, der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht nur erreicht, sondern sogar übersteigt. Trifft dies im konkreten Falle zu, so kann der Abkömmling, soweit sein Pflichtteil durch den erlangten Erbteil nicht gedeckt ist, gegen den Miterben den Pflichtteilsanspruch geltend machen (§ 2316 Abs. 2). Beispiel: Ein Erblasser hinterläßt drei Söhne: A, B und C, von denen die beiden ersten bereits Ausstattungen von je 6000 vorausempfangen haben, während C nichts erhalten hat. Als Erben des Nachlasses von 9000 sind C zu $^1/_3$ und ein extraneus zu $^2/_3$ eingesetzt. Der nach § 2316 zu berechnende Pflichtteil des C beträgt 3500 und ist durch die Einsetzung des C nicht gedeckt. C kann daher von seinem Miterben noch 500 als Pflichtteil beanspruchen.

III. Nach Abs. 3 von § 2316 kann der Erblasser:

eine Zuwendung der im § 2050 Abs. 1 bezeichneten Art nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen.[14])

---

[12]) Vgl. aber auch § 2056; hier wird sogar unter demjenigen, was einem ausgleichungspflichtigen Abkömmling „bei der Auseinandersetzung zukommen würde", das mitverstanden, was dem Abkömmling nur durch Anrechnung auf den Erbteil zu gewähren ist.

[13]) Im Gegensatz hierzu behauptet freilich Ubbelohde S. 149, daß der Pflichtteil eines Abkömmlings auch in den Fällen des § 2316 von demjenigen zu berechnen sei, was § 2055 als den „gesetzlichen Erbteil" bezeichnet. Dem gegenüber ist, ohne daß es einer weiteren Widerlegung bedarf, einfach auf § 2316 Abs. 1 zu verweisen. Was Ubbelohde über die Berücksichtigung der Vorempfänge nach Maßgabe des § 2316 Abs. 1 sonst noch ausführt, ist so wenig überdacht und in den Ergebnissen derart haltlos, daß es getrost bei seite gelegt werden kann.

Digitized by Google

Diese Vorschrift bedarf genauerer Würdigung:

1. Der Abs. 1 von § 2050 bezieht sich auf die von einem Abkömmling des Erblassers, der neben anderen Abkömmlingen desselben zur gesetzlichen Erbfolge gelangt, vorausempfangene Ausstattung; sie soll zur Ausgleichung gebracht werden, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung oder durch letztwillige Verfügung[15]) ein anderes angeordnet hat. Der auf die Pflichtteilsberechnung sich beziehende Abs. 3 von § 2316 beschränkt jedoch, soweit das Pflichtteilsrecht der übrigen Abkömmlinge in Betracht kommt, das Bestimmungsrecht des Erblassers. Allein in welchem Maße? Es sind folgende Möglichkeiten ins Auge zu fassen:

a) Hinsichtlich eines vom Abkömmling erhaltenen und unter § 2050 Abs. 1 fallenden Vorempfangs ist bei der Zuwendung nichts bestimmt worden. Die Pflichtteilsberechnung richtet sich hier nach § 2316 Abs. 1 ohne Rücksicht (§ 2316 Abs. 3) auf eine vom Erblasser letztwillig getroffene abweichende Anordnung.

b) Bei der Zuwendung war vom Erblasser bestimmt worden, daß der unter a) bezeichnete Vorempfang vom Abkömmling nicht zur Ausgleichung zu bringen sei. Auch hierdurch wird in betreff der im § 2316 Abs. 1 angeordneten Pflichtteilsberechnung (§ 2316 Abs. 3) nichts geändert.

c) Bei der Zuwendung ist die Bestimmung getroffen worden, daß der Abkömmling sich die empfangene Ausstattung nach Maßgabe von § 2315 auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen habe.[16]) Dieser Fall bedarf mit Rücksicht auf § 2316 Abs. 4 einer besonderen Untersuchung, die unter IV angestellt werden soll.

2. Zu den Zuwendungen, welche Abkömmlinge in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung des Erblassers bei der gesetzlichen Erbfolge untereinander zur Ausgleichung zu bringen haben, gehören außer der im Abs. 3 von § 2316 allein erwähnten Ausstattung

---

[14]) Hierdurch wollte der Gedanke zur Geltung gebracht werden, „daß die Befugnis des Erblassers, an sich kollationspflichtige Zuwendungen an einzelne Abkömmlinge durch besondere Anordnung von der Anrechnung auf den gesetzlichen Erbteil auszuschließen, in dem Pflichtteilsrecht der übrigen Abkömmlinge ihre Grenze finden müsse." Vgl. Protokolle V S. 892.

[15]) Vgl. dazu oben § 13 Anm. 18 (S. 66).

[16]) Vgl. hierzu oben § 55 (S. 467).

Digitized by Google

(§ 2050 Abs. 1) auch die Zuschüsse des § 2050 Abs. 2. Gilt hinsichtlich ihrer, soweit die Berechnung des Pflichtteils anderer Abkömmlinge in Frage kommt, dasselbe, was Abs. 3 von § 2316 in Ansehung der Ausstattung (§ 2050 Abs. 1) bestimmt, oder ist nicht vielmehr daraus, daß Abs. 3 von § 2316 nur den Abs. 1 von § 2050 beruft, das Gegenteil zu erschließen? Für die letztere Entscheidung[17]) spricht der Wortlaut des Abs. 3 von § 2316; für die erstere[18]) dagegen der Umstand, daß der 2. Absatz des jetzigen § 2050 von der zweiten Kommission lediglich als ein Zusatz zu Abs. 1 des § 2050 aufgefaßt wurde,[19]) und außerdem noch die sachliche Erwägung, daß eine scharfe Trennung zwischen der Ausstattung des Abs. 1 und den Zuschüssen des Abs. 2 von § 2050 sich als undurchführbar erweist.[20]) Man wird sich daher für die erste Auffassung zu entscheiden haben.

3. In Ansehung einer Zuwendung, die nicht schon von Rechtswegen zur Ausgleichung zu bringen ist, findet eine Berücksichtigung bei der Pflichtteilsberechnung nach § 2316 Abs. 1 nur statt, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hatte (§ 2050 Abs. 3). War eine solche Anordnung erfolgt, so muß ihre Aufhebung durch letztwillige Verfügung insoweit als unwirksam behandelt werden, als hierdurch eine Verkürzung der nach § 2316 Abs. 1 zu berechnenden Pflichtteile der neben dem Empfänger noch vorhandenen Abkömmlinge herbeigeführt würde. Hatte der Erblasser dagegen eine Anordnung der vorbezeichneten Art nicht getroffen, so kann eine Berücksichtigung der Zuwendung bei der Berechnung der Pflicht-

---

[17]) Sie wurde noch in der 2. Aufl. d. B. S. 256, 257 vertreten; für sie haben sich auch ausgesprochen Dorst in der Zeitschrift für das Notariat in Rheinpreußen 44. Jahrg. (1899) S. 304, 305, Wilke S. 277 und Kipp bei W. III S. 403 unter II a. E. Vom Standpunkte dieser Auffassung aus würden übrigens, soweit in der Zuwendung eine Schenkung gelegen ist, doch noch immer die §§ 2325 ff. zur Anwendung zu bringen sein.

[18]) Für sie besonders Küntzel S. 628 ff. und Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2316 sowie die dort Berufenen.

[19]) Vgl. auch oben § 13 Anm. 18.

[20]) Dies zeigt sich einerseits darin, daß die Zuschüsse des § 2050 Abs. 2 sich möglicherweise zugleich auch als Ausstattung darstellen können (vgl. oben § 13 S. 65), andererseits aber auch darin, daß die Vorschrift des § 2316 Abs. 3 für die Ausstattung (§ 2050 Abs. 1) auch insoweit gilt, als in deren Gewährung eine Schenkung gelegen ist.

Digitized by Google

teile anderer Abkömmlinge nur nach Maßgabe der §§ 2325 ff. erfolgen.[21])

IV. Die vollständige Durchführung der im § 2316 Abs. 1 angeordneten Pflichtteilsberechnung wird unmöglich, wenn hinsichtlich einer unter § 2050 fallenden Zuwendung die rechtsgültige Bestimmung getroffen worden ist, daß sie nach Maßgabe von § 2315 auf den Pflichtteil angerechnet werden soll.[22]) Das bedarf genauerer Darlegung:

1. Es soll zunächst von folgendem Falle ausgegangen werden: Nachlaß = 14000. Die Söhne des Erblassers A und B, von denen der erstere eine der Ausgleichung unterliegende Gabe von 6000, der letztere eine solche Gabe von 4000, jedoch mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil,[22a]) erhalten hat, sind durch Einsetzung eines extraneus von der Erbfolge ausgeschlossen. Das der Pflichtteilsberechnung zu Grunde zu legende Vermögen beläuft sich demnach auf: 14000 (Nachlaß) + 6000 (Vorempfang des A)

---

[21]) In diesem Falle sind somit die neben dem vorausbegabten Abkömmling in Betracht kommenden Abkömmlinge pflichtteilsrechtlich anders und unter Umständen schlechter (vgl. besonders § 2325 Abs. 2, 3) gestellt, als sie bei der Pflichtteilsberechnung nach § 2316 Abs. 1 stehen würden. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür dürfte kaum zu finden sein. Denn es ist nicht einzusehen, warum eine unter § 2050 Abs. 3 fallende Schenkung an einen Abkömmling den übrigen Abkömmlingen bei der Pflichtteilsberechnung unter Umständen in geringerem Maße zu statten kommen soll, als dies der Fall ist, wenn der vorausbegabte Abkömmling eine Ausstattung, die sich regelmäßig nicht einmal als Schenkung darstellt, oder eine unter § 2050 Abs. 2 fallende schenkweise Zuwendung erhalten hatte. Wenn § 2050 für die in seinem Abs. 3 bezeichneten Zuwendungen etwas anderes bestimmt als für die Zuwendungen der Absätze 1 u. 2, so ist dies sachlich gewiß gerechtfertigt. Denn bei der Ausgleichung spielt der vermutliche Wille des Erblassers eine entscheidende Rolle. Bei der Pflichtteilsberechnung für einen neben dem vorausbegabten Abkömmling in Betracht kommenden weiteren Abkömmling verdient dagegen die auf Begünstigung des einen Abkömmlings vor dem anderen gerichtete Absicht des Erblassers in keinem Falle Beachtung und in dem Falle des Abs. 3 von § 2050 sogar noch weniger als in den Fällen der Absätze 1 u. 2.

[22]) Vgl. dazu oben III Z. 1 c, und Z. 2; eine solche Bestimmung kann übrigens auch bei den unter III Z. 3 erwähnten Zuwendungen vorkommen.

[22a]) Hierdurch wird jedoch daran, daß B seinen Vorempfang bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen haben würde, nichts geändert. B's Vorempfang muß daher hier nach § 2316 auch bei der Pflichtteilsberechnung für den A Berücksichtigung finden. Vgl. oben § 55 Anm. 16.

Digitized by Google

+ 4000 (Vorempfang des B) = 24000, und der gesetzliche Erbteil jedes Sohnes beträgt 12000. Die nach § 2316 vorzunehmende Ermittelung des dem A gebührenden Pflichtteils macht keine Schwierigkeit; er ist $= \frac{12000 - 6000}{2} = 3000$. Offenbar verkehrt wäre es dagegen, wenn bezüglich des B einerseits gesagt werden wollte, sein Pflichtteil sei $= \frac{12000 - 4000}{2} = 4000$, und dann andererseits auf diesen Betrag der ganze Vorempfang von 4000 angerechnet werden wollte, so daß auf B praktisch als Pflichtteil nichts mehr entfiele. Dies würde der Vorschrift des § 2315, die in unserem Falle aus dem Grunde maßgebend ist, weil ja doch B seinen Vorempfang nach der Bestimmung des Erblassers auf den Pflichtteil anzurechnen hat, direkt widersprechen. Denn bei der Berechnung des Pflichtteils nach § 2315 ist nicht der durch den Vorempfang geminderte gesetzliche Erbteil des Pflichtteilsberechtigten, sondern dieser Erbteil selbst, also in unserem Falle der Betrag von 12000 zu Grunde zu legen; der Betrag des Pflichtteils beträgt also 6000, auf die aber allerdings der Vorempfang von 4000 anzurechnen ist, so daß dem B praktisch noch ein Pflichtteilsbetrag von 2000 gebührt.

Die Reichstagskommission[23]) hat es jedoch für notwendig gehalten, so gearteten Fällen eine besondere Bestimmung zu widmen, und auf ihre Veranlassung ist deshalb in den § 2316 noch der in der Reichstagsvorlage fehlende Abs. 4 eingefügt worden. Darnach soll eine unter § 2050 fallende Zuwendung, bezüglich deren der Erblasser Anrechnung auf den Pflichtteil bestimmt hat, auf den nach Abs. 1 von § 2316 berechneten Pflichtteil nur mit der Hälfte des Wertes zur Anrechnung kommen. Die Anwendung dieser wenig durchsichtigen Vorschrift führt in dem vorhin behandelten Falle bezüglich des Pflichtteils des B zu genau demselben Resultat, wie es oben durch Heranziehung des § 2315 gewonnen worden ist. Denn ob man sagt, der effektive Pflichtteil des B sei $= \frac{12000}{2} - 4000 = 2000$ oder er sei $= \frac{12000 - 4000}{2} - 2000 = 2000$, ist praktisch dasselbe.[24])[24a])

---

[23]) Vgl. den Bericht derselben S. 22.

[24]) Bei beiden Methoden wird von $\frac{12000}{2}$ der Betrag von 4000 in Abzug gebracht, nur mit dem Unterschied, daß der Abzug bei der ersten Methode

Digitized by Google

einheitlich vorgenommen, während bei der zweiten zweimal nacheinander ein Abzug von $\frac{4000}{2}$ gemacht wird.

24a) Eine ganz neue Methode der Pflichtberechnung bei den im Abs. 4 von § 2316 bezeichneten Fällen ist von Herzfelder S. 617 ff. ersonnen worden. Wie sehr sich der Erfinder dabei vergreift, kann am besten auf Grundlage des folgenden, von ihm selbst im Anschluß an den Bericht der Reichstagskommission gewählten Beispielsfalls gezeigt werden: Nachlaß = 20000. Sohn A mit 8000, Sohn B mit 2000 Vorempfang. Beide Vorempfänge würden bei der gesetzlichen Erbfolge der Ausgleichung unterliegen, hinsichtlich des Vorempfangs des B hat der Erblasser aber bei der Zuwendung noch besonders die Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet. Erbe ist ein Fremder E. Ein überlebender Ehegatte ist nicht vorhanden. Wie groß sind die Pflichtteile der Söhne A und B? Sieht man zunächst von der die Anrechnung des Vorempfangs des B anordnenden Bestimmung des Erblassers ab, so würde der effektive gesetzliche Erbteil des A $\frac{20000 + 8000 + 2000}{2} - 8000 = 7000$ und der effektive gesetzliche Erbteil des B $\frac{20000 + 8000 + 2000}{2} - 2000 = 13000$ betragen, und somit der Pflichtteil des A auf 3500 und der des B auf 6500 sich herausstellen (so auch Herzfelder S. 615 V Z. 1). Die vom Erblasser hinsichtlich der Zuwendung an den B getroffene Anordnung der Anrechnung auf den Pflichtteil läßt hier (wie auch von H. S. 618 zugegeben wird) die pflichtteilsrechtliche Stellung des A ganz unberührt und hat, wie man auch ohne Rechnung sofort übersehen kann, nur zur Folge, daß sich die Pflichtteilslast des Erben dem B gegenüber auf einen Betrag herausstellt, der genau um die von B bereits erhaltenen 2000 geringer ist als derjenige Pflichtteil, welcher dem B gebühren würde, wenn er den Vorempfang nicht erhalten hätte, und sich dieser also noch im Nachlaß befände. Bei der vorausgesetzten Sachlage würde es sich aber mit dem Pflichtteil des B also verhalten: 22000 (Nachlaßbestand, wie er sich gestalten würde, wenn die Vorausgewährung an den B noch zum Nachlaß gehörte) + 8000 (ausgleichungspflichtiger Vorempfang des A) = 30000; Pflichtteil des B = $\frac{30000}{4} = 7500$. Bei der wirklichen Sachlage beträgt der Pflichtteil des B dem Gesagten zufolge um 2000 weniger und somit nur 5500. Herzfelder S. 618 erklärt dieses mit der Berechnung der RTK. (Bericht S. 22) durchaus übereinstimmende Ergebnis, soweit es den B betrifft, schlankweg für „unrichtig" und gelangt auf dem Wege der Imagination in Verbindung mit unverständlichen Rechnungsoperationen zu der überraschenden Aufstellung, daß der effektive Pflichtteil des B nicht 5500, sondern nur 5000 betrage. Nach dieser Methode würde also B mit Einschluß des anzurechnenden Vorempfangs im ganzen auf seinen Pflichtteil (2000 + 5000 = 7000) um 500 weniger erhalten, als ihm, wenn die Vorausgewährung nicht stattgefunden hätte, und ihr Wert somit noch zum Nachlaß gehörte, als Pflichtteil (7500) gebührt haben würde! Mit Rücksicht hierauf wird auf die weiteren Beispiele Herzfelders nicht mehr eingegangen.

Digitized by Google

Trotzdem muß die Bestimmung des Abs. 4 von § 2316 nicht nur als überflüssig, sondern zugleich auch als irreführend bezeichnet werden.[25]) Sie ist überflüssig, weil man in den hierher gehörenden Fällen auch ohne sie durch Heranziehung des § 2315 die richtige Entscheidung zu finden vermag. Sie ist irreführend, weil sie — wie sich weiter unten an einem anderen Beispielsfalle zeigen wird — den prinzipiellen Unterschied zwischen nur der Ausgleichung unterliegenden Vorempfängen und solchen Vorempfängen, die auf den Pflichtteil anzurechnen sind, nicht gebührend berücksichtigt.

2. Der unter Z. 1 a. E. hervorgehobene Gesichtspunkt tritt deutlich hervor, wenn man sich Fälle vor Augen hält, in denen bei eintretender gesetzlicher Erbfolge neben den Abkömmlingen auch noch der überlebende Ehegatte als Erbe in Betracht kommen würde. Es soll folgender Sachverhalt[26]) angenommen werden. Nachlaß = 50000. Eingesetzt ist ein extraneus. Als nächste gesetzliche Erben würden in Betracht kommen die Söhne des Erblassers A und B, von denen der erstere einen der Ausgleichung unterliegenden Vorempfang von 10000 erhalten hat, und der überlebende Ehegatte G. Auf dieser Grundlage sollen drei Gestaltungen ins Auge gefaßt werden.

a) Setzt man zunächst voraus, daß der Erblasser bei der Zuwendung an den A eine Bestimmung im Sinne des § 2315 nicht getroffen hat, so ist zum Zwecke der nach § 2316 Abs. 1 erfolgenden Berechnung der Pflichtteile der Söhne A und B vorerst der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten im Betrage von 12500[27]) vom Nachlaßbestande abzuziehen (§ 2055 Abs. 1 a. E.). Dem Reste von 37500 ist sodann die Zuwendung an A zuzurechnen, so daß die hierdurch gewonnene Summe von 47500 denjenigen Betrag bildet, von welchem die gesetzlichen Erbteile von A und B im Sinne des § 2055 zu berechnen sind. Sie betragen für A und B je 23750.

---

[25]) Vgl. auch Hachenburg, Vorträge S. 728, Dorst a. a. O. S. 302.

[26]) Behufs klarer Herausstellung des Entscheidenden wird der folgenden Ausführung des Textes ein anderes Beispiel zu Grunde gelegt als in der 2. Aufl. S. 258, 259.

[27]) War die Zuwendung an den Sohn A schenkweise erfolgt, so würde übrigens der Gesamtpflichtteil des überlebenden Ehegatten doch größer sein als die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils und nach § 2325 auf 6250 (ordentlicher Pflichtteil) + 1250 (Pflichtteilsergänzung) = 7500 sich belaufen. Vgl. § 58 d. D.

Digitized by Google

Der Pflichtteil des A aber ist $= \frac{23750 - 10000}{2} = 6875$ und der des B $= \frac{23750}{2} = 11875$.

b) Wie verhält es sich aber mit den Pflichtteilen von A und B, wenn der Erblasser bei der Zuwendung an den A die Anrechnung auf den Pflichtteil im Sinne des § 2315 bestimmt hat?

α) Pflichtteil des A.[28])

Berechnet man ihn nach der Formel des § 2316 Abs. 4[29]) und damit zugleich nach Maßgabe des Abs. 1 von § 2316 und unter

---

[28]) Die im Texte durchgeführte Auseinanderhaltung zwischen der Pflichtteilsberechnung für den A und der für den B ist für die richtige Beurteilung der in Betracht kommenden Fragen von erheblicher Bedeutung.

[29]) Für die einfache Anwendung der Formel des § 2316 Abs. 4 entscheiden sich u. a. Planck-Ritgen Erl. 5b a. E. z. § 2316, Kipp bei W. III S. 401, Cosack II § 413 IV, Matthiaß II § 159 unter f. Die gegen diese Behandlung sprechenden Gründe werden in der folgenden Darstellung des Textes eingehender ausgeführt, als dies in der 2. Aufl. d. B. S. 259 ff. geschehen ist. Eine ganz eigenartige Auffassung vertritt v. Jacubezky. Planck-Ritgen Erl. 5b (Z. 4) teilt hierüber auf Grund privater Information folgendes mit: „Das Ausgleichungsverfahren und das Anrechnungsverfahren werden zunächst ganz getrennt vorgenommen, jenes nach § 2316 Abs. 1, dieses nach § 2315. Es wird also zunächst ermittelt, um wieviel der Pflichtteil mit Rücksicht auf die Ausgleichungspflicht größer oder kleiner ist als nach dem einfachen Betrage des Erbteils. Zu diesem Zwecke sind alle der Ausgleichung unterworfenen Zuwendungen den 3/4 des Nachlasses hinzuzurechnen, die den Abkömmlingen als Summe ihrer gesetzlichen Erbteile zustehen. Alsdann wird berechnet, was der Pflichtteilsberechtigte, für dessen Zuwendung die Anrechnung vorgeschrieben ist, nach § 2315 zu erhalten hat. Zu dem Ende muß die anrechnungspflichtige Zuwendung dem gesamten wirklichen Nachlasse hinzugerechnet werden. Aus dem sich auf letzterem Wege herausstellenden Pflichtteilsbetrage wird schließlich der endgültige Pflichtteil dadurch gewonnen, daß die Differenz zwischen dem nach § 2316 ermittelten und dem nach dem einfachen Erbteile berechneten Pflichtteile hinzugerechnet oder abgerechnet wird". Verfasser d. B. gesteht, sich von dieser sehr verwickelten, offenbar auf einen besonderen Fall zugeschnittenen und aus diesem Grunde schwer übersehbaren Auffassung ein völlig klares Bild nicht machen zu können. Trotzdem läßt sich aus obiger Mitteilung deutlich ersehen, daß auch v. Jacubezky die buchstäbliche Anwendung des Abs. 4 von § 2316 in Fällen der im Texte bezeichneten Art für ausgeschlossen hält. Vgl. zur Beurteilung der Auffassung Jacubezkys übrigens auch Planck-Ritgen Erl. 5b a. E. zu § 2316 und Herzfelder S. 619. Der zuletzt genannte Schriftsteller stellt eine besondere Meinung auf, deren Besprechung im einzelnen hier unterbleiben kann (vgl. Anm. 24a aber auch Anm. 30).

Digitized by Google

Anwendung des § 2055 Abs. 1 Satz 2 „nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde", mit $\frac{23750 - 10000}{2} - 5000 = 1875$, so gewinnt man ein offenbares Fehlergebnis. Es beruht darauf, daß der anzurechnende Vorempfang des A nicht, wie dies im § 2315 Abs. 2 vorgeschrieben ist,[30]) dem Gesamtnachlaß, sondern unter Anwendung des hier gerade mit Rücksicht auf § 2315 Abs. 2 nicht maßgebenden § 2055 Abs. 1 Satz 2 nur demjenigen Reste des Nachlasses zugerechnet worden ist, der nach Abzug des Erbteils des überlebenden Ehegatten verbleibt.[31]) Infolge dieses Verfahrens erhält A, indem zu dem anzurechnenden Vorempfang von 10000 noch der effektive Pflichtteilsbetrag von 1875 hinzutritt, auf seinen Pflichtteil im ganzen 11875, d. i. im Gegensatz zur Bestimmung des Erblassers, zur Erklärung, durch die sich A dieser Bestimmung gefügt hat, und zu der im Abs. 4 von § 2316 selbst für maßgebend erklärten Bestimmung des § 2315 mehr, als ihm als Pflichtteil gebühren würde, wenn er den Vorempfang nicht erhalten hätte und dieser sich somit im Nachlaß befände. Denn unter dieser Voraussetzung würde sich A's Pflichtteilsanspruch nur auf 11250 belaufen.[32]) Der dem A mit Rücksicht auf seinen anzurechnenden Vorempfang gebührende effektive Pflichtteil[33]) kann daher auch nicht größer sein als $11250 - 10000 = 1250$, d. h. m. a. W.: bei der Pflichtteilsberechnung für den A ist dessen anzurechnender Vorempfang nach

---

[30]) Die im Texte bekämpfte Ansicht setzt sich also über § 2315 Abs. 2 Satz 1 völlig hinweg. Dagegen mit Recht auch Herzfelder S. 619, aber freilich in Verbindung mit der, den wirklichen Sachverhalt in das direkte Gegenteil verkehrenden Behauptung, daß auch der Verfasser d. B. den § 2315 überhaupt nicht zur Anwendung bringe.

[31]) Vgl. hierzu die Ausführung des Textes unter a.

[32]) Nachlaßlaßbestand (mit Rücksicht darauf, daß die Zuwendung an den A als noch im Nachlaß vorhanden behandelt wird) = 60000. Nach Abzug des bei solchem Nachlaßbestand rechnerisch sich ergebenden gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten im Betrag von 15000 verbleiben 45000. Die gesetzlichen Erbteile der Söhne betragen somit je 22500 und deren Pflichtteile je 11250.

[33]) Die Rechnung ist dieselbe wie in Anm. 32, nur mit dem Unterschied, daß im Falle des Textes der effektive Nachlaß nur 50000 beträgt, und diesem Bestande der von A erhaltene Vorempfang von 10000 nach § 2315 erst zuzurechnen ist.

Digitized by Google

Maßgabe des § 2315 Abs. 2 dem Gesamtnachlaß und nicht bloß demjenigen Teile des Nachlasses zuzurechnen, welcher bei der gesetzlichen Erbfolge auf A und B entfallen würde.

Der bei der Abfassung des Abs. 4 von § 2316 begangene Fehler besteht also darin, daß man dabei den Fall außer Betracht gelassen hat, in welchem bei der gesetzlichen Erbfolge neben Abkömmlingen des Erblassers auch dessen überlebender Ehegatte erbberechtigt sein würde.[34]) Hat ein Abkömmling in einem Falle dieser Art eine nach § 2315 auf den Pflichtteil anzurechnende Zuwendung erhalten, so schließt die gebotene Anwendung des § 2315 Abs. 2 die Anwendung des § 2055 Abs. 1 Satz 2 bei der Pflichtteilsberechnung für den anrechnungspflichtigen Abkömmling jedenfalls aus.[35])

β) Pflichtteil des B.

Völlig gewiß ist, daß die Zuwendung an den A bei der Pflichtteilsberechnung für den B nicht völlig unberücksichtigt bleiben darf. Denn ihre Nichtberücksichtigung würde, da es sich nicht nur um eine dem A nach § 2315 auf den Pflichtteil anzurechnende Zuwendung handelt, sondern zugleich um eine solche, die bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen wäre, mit dem Grundgedanken des § 2316 in Widerspruch stehen. Fraglich kann nur sein, wie die Berücksichtigung zu erfolgen hat. Zwei Berechnungsweisen stehen zur Wahl. Man kann

aa) entweder ganz nach § 2316 Abs. 1[36]) vorgehen und gewinnt dann als Pflichtteil des B wie oben unter a) den Betrag von 11 875; oder man kann

---

[34]) Daß an diesen Fall bei Abfassung des Abs. 4 von § 2316 nicht gedacht worden ist, nimmt auch Planck-Ritgen Erl. 5 b z. § 2316 an und desgleichen offenbar v. Jacubezky.

[35]) Wer der Auffassung des Textes widerspricht, behauptet damit zugleich, daß ein Erblasser, der unter den im Texte bezeichneten Verhältnissen einem Abkömmling eine der Ausgleichung unterliegende und zufolge der getroffenen besonderen Bestimmung auf den Pflichtteil anzurechnende Gabe gewährt, dadurch notwendig seine dem pflichtteilsberechtigten Empfänger gegenüber in Betracht kommende Pflichtteilslast nicht bloß infolge des Entgangs der Nutzungen der vorausgewährten Gabe, sondern auch ziffernmäßig erhöht.

[36]) Abs. 4 von § 2316 kann hier nicht in Betracht kommen, da B im Falle des Textes einen anzurechnenden Vorempfang nicht erhalten hat.

Digitized by Google

bb) die Zuwendung an den A bei der Pflichtteilsberechnung für den B in der Weise berücksichtigen, daß man die bei der Pflichtteilsberechnung für den A nach § 2315 Abs. 2 erfolgende Zurechnung der Zuwendung von 10000 zum Gesamtnachlaß auch dem B zu statten kommen läßt.[37]) Man gelangt dabei zu folgender Rechnung: 50000 (Nachlaß) + 10000 (Zuwendung an den A) = 60000; nach Abzug des bei solchem Vermögensbestand rechnerisch sich ergebenden gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten von 15000[38]) verbleiben 45000. Als gesetzlicher Erbteil des B würde sich somit ergeben der Betrag von 22500 und als Pflichtteil der Betrag von 11250.

Überwiegende sachliche Gründe sprechen für die Berechnungsweise unter bb. Wenn ein Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten eine Zuwendung unter Bestimmung der Anrechnung nach § 2315 macht, so will er hiermit bewirken, daß die pflichtteilsrechtliche Belastung seines Nachlasses auf das zulässig geringste Maß beschränkt werde. Dem Empfänger der Zuwendung selbst gegenüber wird dieses Ziel durch die Anwendung des § 2315 vollständig erreicht. Sind wie in unserem Falle neben dem Empfänger der Zuwendung noch andere Pflichtteilsberechtigte vorhanden, so ist vor allem zu unterscheiden, ob die Zuwendung an den Empfänger den anderen Pflichtteilsberechtigten gegenüber bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würde oder nicht. Trifft letzteres zu, wie in unserem Falle in betreff des überlebenden Ehegatten, so findet die Zuwendung an den Empfänger bei der Berechnung des Pflichtteils des anderen Pflichtteilsberechtigten — hier des G — nur dann Berücksichtigung, wenn sie schenkweise erfolgt war und nur nach Maßgabe der §§ 2325 ff. Denjenigen Pflichtteilsberechtigten gegenüber, welchen die Zuwendung an den Empfänger bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würde, darf die Berücksichtigung keinesfalls unterbleiben. Ein gewisser Einfluß auf die Art der Berücksichtigung muß dem Erblasser aber doch zugestanden werden. Dies wird besonders deutlich, wenn eine Zuwendung an

---

[37]) Darüber, daß man hierzu auf Grund des § 2315 für sich allein nicht gelangen könnte, vgl. oben § 55 unter VII (S. 471).

[38]) Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der wirkliche gesetzliche Erbteil des überlebenden Gatten sich auf 15000 belaufen würde. Er könnte, weil nur vom wirklichen Nachlaß zu berechnen, nur 12500 betragen.

Digitized by Google

den A in Frage steht, hinsichtlich deren der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung (vgl. § 2050 Abs. 3) und zugleich auch die Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet hat. Die auf das geringste Maß pflichtteilsrechtlicher Belastung gerichtete Absicht des Erblassers muß hier offenbar auch dem B gegenüber insoweit beachtet werden, daß die Zurechnung der Zuwendung an den A nach bb zum Gesamtnachlaß stattfindet. Denn bei dieser Art der Pflichtteilsberechnung ist B keinesfalls schlechter, sondern vielmehr, wenigstens unter Umständen, besser gestellt, als er gestellt sein würde, wenn der Erblasser bei der Zuwendung an den A überhaupt gar keine Bestimmung, also auch nicht die bezüglich der Ausgleichung getroffen hätte.[38a]) Besteht die auf den Pflichtteil des A anzurechnende Zuwendung in einer Ausstattung oder in Zuschüssen im Sinne des § 2050 Abs. 2, so ist § 2316 Abs. 3 wohl zu beachten. Allein wenn in solchem Falle die Berechnung des Pflichtteils für den B nach bb erfolgt, so findet dabei die Zuwendung an den A Berücksichtigung und zwar diejenige, an welche man bei Abfassung des § 2316 allein gedacht hat.[39]) Eine darüber noch hinausgehende Berücksichtigung im Sinne von aa) würde durchaus unangemessen sein. Denn sie

---

[38a]) Unter der Voraussetzung des Textes könnten nämlich dem B rücksichtlich der Zuwendung an A nur die Vorschriften der §§ 2325 ff. zu statten kommen.

[39]) Den Beweis hierfür liefert die Vergleichung von § 2055 und § 2316 BGB. mit den §§ 2030 und 2289 der Reichstagsvorlage. Wie im jetzigen § 2316 Abs. 1, so war auch im korrespondierenden (und mit § 2316 Abs. 1 BGB. wörtlich übereinstimmenden) Abs. 1 von § 2289 der Reichstagsvorlage auf die Vorschriften über die Ausgleichung Bezug genommen. Die dem jetzigen Abs. 1 Satz 2 von § 2055 entsprechende Bestimmung des § 2030 Abs. 2 der Reichstagsvorlage lautete aber: „Der Wert der sämtlichen Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, wird dem Bestande des Nachlasses hinzugerechnet." Die endgültige Feststellung des Textes des jetzigen § 2316 Abs. 1 ist somit erfolgt, bevor man sich des Umstandes bewußt geworden war, daß die Zurechnung von zur Ausgleichung zu bringenden Vorempfängen im Ausgleichungsverfahren unter Umständen nicht zum Gesamtnachlaß, sondern nur zu einem Teile des Gesamtnachlasses zu erfolgen hat. Erst die Reichstagskommission war hierauf aufmerksam geworden und bestimmte demgemäß im letzten Augenblick die jetzige Fassung von § 2055 Abs. 1 Satz 2 (vgl. auch oben § 15 Anm. 5, 7). Zu einer hierdurch nahegelegten vollständigen Überprüfung des § 2289 der Reichstagsvorlage (bzw. des jetzigen § 2316) gelangte aber auch die Reichtagskommission nicht mehr.

Digitized by Google

müßte dazu führen, daß der Erblasser, selbst wenn er bei der Zuwendung an den A die Anrechnung auf den Pflichtteil anordnet, im Verhältnis zum B pflichtteilsrechtlich in höherem Maße belastet würde, als wenn sich die Zuwendung noch im Nachlaß befände, und damit zugleich einen ganz ungerechtfertigten Vorteil für den B zur notwendigen Folge haben.[40])

V. Für die Entscheidung der Frage, ob und wie die Berechnung der Pflichtteile von Abkömmlingen nach § 2316 durchzuführen ist, kann auch die Vorschrift des § 2310 von maßgebender Bedeutung sein.

1. In dieser Beziehung ist vor allem zu sagen, daß ein Abkömmling, der auf sein gesetzliches Erbrecht schlechthin verzichtet hat, wie bei der Pflichtteilsberechnung überhaupt, so auch bezüglich der

---

[40]) Auf Grund der Ausführung des Textes soll jetzt noch folgende Gestaltung besprochen werden. Nachlaß = 40000. Als Erbe eingesetzt ein extraneus. In Betracht kommende gesetzliche Erben: des Erblassers Söhne A und B, von denen jeder eine der Ausgleichung unterliegende Gabe von 10000 erhalten hat, und der überlebende Ehegatte G. a) Der Erblasser hat eine Bestimmung über die Anrechnung der Vorempfänge auf den Pflichtteil nicht getroffen. Jeder Sohn erhält dann als Pflichtteil 7500. Rechnung: α) 40000 (Nachlaß) — 10000 (gesetzlicher Erbteil des G) = 30000; β) 30000 + 10000 (Vorempfang des A) + 10000 (Vorempfang des B) = 50000; γ) Pflichtteil jedes Sohnes $= \frac{25\,000 - 10\,000}{2} = 7500$. b) Der Erblasser hat sowohl bei der Zuwendung an den A als auch bei der an den B Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet. Der Pflichtteil jedes Sohnes beträgt 1250. Rechnung: α) 40000 (Nachlaß) + 20000 (Vorempfänge beider Söhne) = 60000; β) 60000 — 15000 (rechnungsmäßiger Erbteil des G bei dem angenommenen Nachlaßbestand von 60000) = 45000; γ) Pflichtteile der Söhne je $\frac{22\,500}{2} - 10000 = 1250$. Bei der gegnerischen Berechnung würden sich die Pflichtteile der Söhne auf je 2500 herausstellen, d. h. jeder der Söhne würde infolge der anzurechnenden Vorempfänge auf seinen Pflichtteil um 1250 mehr bekommen, als er als Pflichtteil erhalten könnte, wenn die anzurechnenden Vorempfänge nicht erfolgt wären. c) Der Erblasser hat nur hinsichtlich der an den Sohn A erfolgten Zuwendung Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet. Hier müßte also gerechnet werden: α) 40000 + 10000 (anrechnungspflichtige Zuwendung an den A = 50000; β) 50000 — 12500 (rechnungsmäßiger gesetzlicher Erbteil des G bei einem angenommenen Nachlaßbestand von 50000) = 37500; γ) 37500 + 10000 (nicht anzurechnender Vorempfang des B) = 47500; δ) Pflichtteile der Söhne u. zw. zunächst des A mit $\frac{23\,750}{2} - 10000 = 1875$ und des B mit $\frac{23\,750 - 10\,000}{2} = 6875$. Bei der gegnerischen Berechnung würde dagegen der Pflichtteil des A 2500 und der des B 7500 betragen.

Digitized by Google

Frage, ob die Pflichtteilsberechnung nach § 2316 einzutreten hat, und welche Abkömmlinge dabei mitgezählt werden, ganz außer Betracht bleibt; dasselbe gilt auch für diejenigen Abkömmlinge des verzichtenden Abkömmlings, auf welche der Verzicht sich miterstreckt. Vgl. § 2316 Abs. 1 Satz 2 und § 2310 Satz 2.

2. Bei der nach § 2316 vorzunehmenden Pflichtteilsberechnung werden dagegen diejenigen Abkömmlinge mitgezählt:[41])

---

[41]) Dorst S. 301, 307 bringt mit der Frage, welche Abkömmlinge bei der nach § 2316 vorzunehmenden Pflichtteilsberechnung mitzuzählen sind, die von ihr wesentlich verschiedene aber doch recht erhebliche weitere Frage in Zusammenhang, wie mit der Pflichtteilsberechnung nach § 2316 vorzugehen ist, wenn ein Abkömmling „durch die Zuwendung mehr erhalten (hat), als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde" (vgl. § 2056). Man muß unterscheiden: 1. Es soll zunächst von folgenden Annahmen ausgegangen werden: Nachlaßbestand = 10000. Die nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers würden dessen Söhne A und B sein, von welchen der erstere einen zur Ausgleichung zu bringenden Vorempfang von 12000, dem aber der Charakter einer Schenkung nicht zukommt, erhalten hat. Wie gestaltet sich die Pflichtteilsberechnung? Durch Hinzurechnung des Vorempfangs des A zum Nachlaßbestand gewinnt man die Summe von 22000. Die gesetzlichen Erbteile von A und B im Sinne des § 2055 würden somit je 11000 betragen. Allein da hierdurch, weil A durch die Zuwendung mehr erhalten hat, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, der Tatbestand des § 2056 gegeben ist, so hat nach dessen Vorschrift der Wert der Zuwendung an A und der Erbteil desselben außer Ansatz zu bleiben. Und das praktische Ergebnis ist somit, daß A bei der Teilung leer ausgeht, aber auch nichts herauszugeben hat, B dagegen auf seinen gesetzlichen Erbteil den ganzen Nachlaß mit 10000 erhält. Dem entsprechend ist der Pflichtteil des A gleich Null, der des B = 5000. Anders Dorst; er will (vgl. a. a. O. S 301) bei der nach § 2316 vorzunehmenden Pflichtteilsberechnung den § 2056 garnicht zur Anwendung bringen, so daß sich in Konsequenz hiervon der Pflichtteil des B auf die Hälfte von 11000 = 5500 belaufen würde. Für diese Art der Berechnung fehlt es aber an jedem stichhaltigen Grunde. 2. Etwas anders ist vorzugehen, wenn an dem unter Z. 1 angenommenen Tatbestande die Veränderung vorgenommen wird, daß der von A erhaltene und zur Ausgleichung zu bringende Vorempfang zugleich den Charakter der Schenkung hat. Denn unter dieser Voraussetzung kommt dem B außer dem ihm nach Maßgabe des unter Z. 1 Gesagten gebührenden ordentlichen Pflichtteil von 5000 mit Rücksicht auf § 2325 auch noch eine Pflichtteilsergänzung (vgl. hierzu § 58 d. Darstellung) von 500 zu. 3. Wieder anders müßte vorgegangen werden, wenn die dem A vom Erblasser gemachte Zuwendung von 12000 überhaupt nicht zur Ausgleichung zu bringen wäre, sondern nur den Charakter der Schenkung hätte. Bei so beschaffener Sachlage würde § 2316 bei der Pflichtteilsberechnung überhaupt

Digitized by Google

a) welche lediglich auf ihr Pflichtteilsrecht, nicht aber auch auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichtet haben;

b) welche in Verbindung mit einer rechtmäßigen Entziehung des Rechtes auf den Pflichtteil von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind;

c) welche die ihnen zur Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils oder darüber hinaus unbeschränkt und unbeschwert angebotene Erbfolge ausgeschlagen haben und nun auch den Pflichtteil nicht verlangen können;

d) gegen welche die Erbunwürdigkeit durch Anfechtung mit Erfolg geltend gemacht worden ist.

Zu den Fällen c und d sollen noch folgende Beispiele vorgelegt werden:

Zu c): Es sei angenommen, daß beim Tode des Erblassers, dessen Nachlaß sich auf 10000 beläuft, zwei kinderlose Söhne desselben, nämlich A und B, vorhanden sind, von welchen B einen dem A gegenüber zur Ausgleichung zu bringenden Vorempfang von 10000 erhalten hat. Laut des vorliegenden Testaments sind des Erblassers Sohn A (ohne Beifügung von Beschränkungen oder Beschwerungen) und ein extraneus E zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt. A schlägt aus und kann (obschon grundsätzlich pflichtteilsberechtigt) doch mit Rücksicht auf § 2306 einen Pflichtteil nicht verlangen. Wie groß ist der Pflichtteil des B? Da nach Maßgabe des im § 2055 angeordneten Verfahrens dasjenige, was auf den gesetzlichen Erbteil des B unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde, sich auf

---

nicht zur Anwendung zu bringen sein und daher auch die Berücksichtigung der Vorschrift des § 2056 entfallen. Ergebnisse: Bei eintretender gesetzlicher Erbfolge würden vom Nachlasse auf A und B je 5000 entfallen; jedem von ihnen gebührt daher als ordentlicher Pflichtteil der Betrag von 2500. Außerdem gebührt aber dem B mit Rücksicht auf die dem A zu teil gewordene Schenkung noch ein nach § 2325 zu berechnender außerordentlicher Pflichtteil im Betrage von $\frac{10000 + 12000}{2 \cdot 2} - 2500 = 3000$, so daß B als ordentlichen Pflichtteil nebst Pflichtteilsergänzung 2500 + 3000 = 5500 beanspruchen könnte. Dorst hält die vorgeführten drei Gruppen von Fällen nicht genügend auseinander und zieht aus der hier unter Z. 3 hervorgehobenen Gestaltung voreilige allgemeine Schlüsse. Wie hier auch Planck-Ritgen Erl. 1 c z. § 2316.

Digitized by Google

$\frac{10000 + 10000}{2} - 10000$, d. h. auf Null belaufen würde, so ist auch der Pflichtteil gleich Null, so daß also in unserem Falle weder A noch B einen Pflichtteilsanspruch mit Erfolg erheben können.

Zu d): Denkt man sich unter sonst gleichen Verhältnissen wie oben, daß A für erbunwürdig erklärt worden ist, so entfällt jeder erbrechtliche Erwerb des A, erhält aber wegen § 2316 in Verbindung mit § 2310 auch B praktisch aus dem Nachlasse nichts.[42])

Bei den soeben hervorgehobenen Fällen erhebt sich übrigens jetzt noch die weitere Frage, wie es sich mit dem Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten verhält? Nach dem vorgelegten Tatbestand ist bezüglich des A sowohl im Falle unter c wie in dem unter d zweifellos, daß er den Pflichtteil im Sinne des § 2309 nicht „verlangen" kann. Darf man aber dasselbe auch hinsichtlich des B sagen? Das ist zu verneinen.[43]) Denn wenn schon der auf den B entfallende Pflichtteils*betrag* gleich Null ist, so beruht dies doch nicht auf dem Nichtvorhandensein eines Pflichtteilsrechtes auf seiten des B, sondern nur auf der Erschöpfung des Fonds, dessen Hälfte dem Pflichtteilsberechtigten als Pflichtteil gebühren soll. Daß es sich so verhält, erkennt man am besten daraus, daß dem B ein Pflichtteil nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch allerdings gebührt, sobald man in unserem Falle den Bestand des Nachlasses auch nur um etwas höher ansetzt als auf die angenommenen 10000. Hinsichtlich des B muß somit die Entscheidung lauten, daß er im Sinne des § 2309 den Pflichtteil allerdings verlangen kann; und insoweit sind

---

[42]) So in Übereinstimmung mit der ersten Auflage dieses Buches auch Hellmann S. 234, Schiffner S. 43 und Matthiaß § 159. Anders allerdings Küntzel S. 635. Er will in solchen Fällen § 2316 garnicht zur Anwendung bringen. Dem gegenüber sei auf eine Sachlage aufmerksam gemacht, bei der es sich um den Pflichtteil des A handelt, während B (der den Vorempfang erhalten hat) für erbunwürdig erklärt wird. Daß B hier bei der Pflichtteilsberechnung mitgezählt werden muß, ist wegen § 2310 außer Zweifel. Sollte aber wirklich der Vorempfang des erbunwürdigen B dem A bei der Berechnung seines Pflichtteils nicht zu statten kommen? Der Auffassung des Textes stimmen jetzt auch zu Cosack II § 413 bei Anm. 7 und Planck-Ritgen Erl. 1a z. § 2316.

[43]) In der 1. Auflage dieses Buches S. 97 glaubte der Verfasser zu dieser Verneinung noch nicht gelangen zu können. Vgl. aber Dekanatsprogramm S. 18 ff.

Digitized by Google

daher die entfernteren Verwandten des Erblassers nicht pflichtteilsberechtigt.[44]) Nun ist aber in unserem Falle außer dem B, der den Pflichtteil „verlangen" kann, noch A vorhanden, der den Pflichtteil nicht verlangen kann, ohne daß dies dem B rechtlich zu statten kommt. Insoweit ist daher für das Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten Raum vorhanden. Kommen als solche Abkömmlinge des A in Betracht, so gebührt ihnen als Pflichtteil so viel, als A selbst als Pflichtteil verlangen könnte, wenn ihm der Pflichtteilsanspruch nicht aus besonderem Grunde versagt wäre. In Ermangelung solcher Abkömmlinge aber gelangt das Pflichtteilsrecht der Eltern des Erblassers zur Geltung.[45]) Doch kommt bei der Berechnung des ihnen gebührenden Pflichtteils § 2316 nicht in Betracht, d. h. die Eltern können auf ihren Pflichtteil nicht so viel beanspruchen, als A mit Rücksicht auf § 2316 als Pflichtteil fordern könnte,[46]) wenn er von diesem Rechte nicht aus besonderem Grunde ausgeschlossen wäre. Für die Bestimmung des Pflichtteils der Eltern ist vielmehr als das, was A an Pflichtteil nicht verlangen kann, nur derjenige Betrag anzusetzen, welcher auf A, abgesehen von § 2316, nach den §§ 2303 und 2310 als normaler Pflichtteil entfiele, d. i. der Betrag von 2500.[47])

---

[44]) Die Sachlage ist übrigens hier eine wesentlich andere als in dem oben § 55 d. Darstellung (S. 470) behandelten Falle, wo der einzige Abkömmling des Erblassers sich auf seinen Pflichtteil einen den Betrag desselben vollständig deckenden Vorempfang nach § 2315 anrechnen zu lassen hat. Denn in diesem Falle ergibt sich für den als pflichtteilsberechtigt in Betracht kommenden Abkömmling ein positiver Betrag des Pflichtteils, den der Berechtigte verlangen kann; nur muß er sich gefallen lassen, daß auf diesen Betrag ein Vorempfang angerechnet wird, so daß infolge dieser Subtraktion ein vom Erben an den Pflichtteilsberechtigten zu zahlender Betrag nicht mehr übrig bleibt. In dem uns jetzt beschäftigenden Falle wird dagegen auf den Pflichtteil des B nichts angerechnet, sondern ergibt sich nicht einmal eine positive Ziffer für den Wert des effektiven gesetzlichen Erbteils, dessen Hälfte erst der Pflichtteil sein soll. Trotzdem scheinen Hellmann S. 234, Küntzel S. 636 und Schiffner S. 46 beide Fälle für identisch zu halten.

[45]) Im Dekanatsprogramm S. 17, 18 wurde mit diesem Schlusse noch zurückgehalten; allein § 2309 läßt ihn als unvermeidlich erscheinen. Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2309 und Erl. 2 z. § 2316.

[46]) Rechnung: 10000 (Nachlaß) + 10000 (Vorempfang des B) = 20000. A's gesetzlicher Erbteil im Sinne des § 2055 ist daher = 10000 und A's Pflichtteil = 5000.

[47]) Rechnung: Nachlaß = 10000; gesetzlicher Erbteil des A (mit Rücksicht auf das Vorhandensein des B) = 5000 und sein Pflichtteil = 2500.

Digitized by Google

III. Entziehung und Beschränkung des Pflichtteils.

§ 57.

I. Der Erblasser kann einer pflichtteilsberechtigten Person den Pflichtteil unter gewissen Voraussetzungen zur Strafe entziehen.[1]) In betreff eines Abkömmlings des Erblassers ist aber auch eine Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht möglich. Die Entziehung sowohl wie die Beschränkung erfolgt durch letztwillige Verfügung.[2]) Der Grund muß zur Zeit der Errichtung bestehen[3]) und in der Verfügung angegeben werden.[4]) Der Beweis des

---

[1]) Das BGB. vermeidet es mit Recht die Entziehung des Pflichtteils als „Enterbung" und die Entziehungsgründe als „Enterbungsgründe" zu bezeichnen. „Enterbung" im technischem Sinne ist Ausschließung von der Erbfolge. Zu dieser bedarf es aber nach dem BGB., selbst wenn der zu Enterbende ein Pflichtteilsberechtigter ist, eines rechtfertigenden Grundes nicht (§ 1938). Das Charakteristische der Pflichtteilsentziehung besteht dagegen darin, daß der Pflichtteilsberechtigte, obschon er durch die Anordnung des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen ist, doch auch den Pflichtteilsanspruch nicht haben soll, und dieser Wille des Erblassers kommt durch die bloße Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge noch nicht zum genügenden Ausdruck. Das Wort „Enterbung" wird übrigens im Sprachgebrauch des Lebens nicht selten auch in dem weiteren Sinne verstanden, daß jeder erbrechtliche Erwerb des Enterbten (also auch der des Pflichtteilsanspruchs) ausgeschlossen sein soll. Und mit Rücksicht hierauf wird die vom Erblasser gebrauchte Wendung, daß er den Pflichtteilsberechtigten aus einem bestimmten Grunde (vgl. § 2336 Abs. 2) „enterbe", zumeist nicht nur als Ausschließung von der Erbfolge, sondern auch als Pflichtteilsentziehung aufzufassen sein.

[2]) Erbvertragsmäßig kann die Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils nicht angeordnet werden (vgl. § 2278 Abs. 2). Ebensowenig kann sie, wenn in einem gemeinschaftlichen Testament ausgesprochen, den Charakter einer korrespektiven Verfügung haben (vgl. § 2270 Abs. 3).

[3]) Die Möglichkeit einer Pflichtteilsentziehung für den Fall, daß ein bestimmter Entziehungsgrund künftig eintreten werde, ist somit ausgeschlossen. Möglich ist dagegen die Pflichtteilsentziehung für den Fall, daß sich der Pflichtteilsberechtigte einer bestimmten, die Entziehung rechtfertigenden Verfehlung zur Zeit der Entziehung bereits schuldig gemacht habe, obschon der Erblasser über den wirklichen Eintritt dieses Umstandes noch im ungewissen ist.

[4]) Die vom Erblasser unter Angabe eines von ihm nur irrtümlich vorausgesetzten Entziehungsgrundes ausgesprochene Pflichtteilsentziehung ist somit ohne weiteres unwirksam. Es bedarf also nicht erst, wie Frommhold S. 304 Z. 2 anzunehmen scheint, der Anfechtung durch den Pflichtteilsberechtigten. Soweit die mit der Pflichtteilsentziehung sich verbindende Ausschließung des

Digitized by Google

Grundes[4a]) liegt demjenigen ob, welcher dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber die Entziehung oder Beschränkung geltend macht (vgl. §§ 2336, 2338).

II. Über die Entziehung des Pflichtteils zur Strafe ist zu bemerken:

Liegen die Voraussetzungen für gänzliche Entziehung des Pflichtteils vor, so kann der Erblasser selbstverständlich auch beliebige Beschränkungen anordnen.[5])

2. Bezüglich der Gründe für die Entziehung des Pflichtteils[6]) ist zu unterscheiden:

a) Einem Abkömmling kann der Erblasser den Pflichtteil entziehen:

1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten[7]) oder einem anderen Abkömmling[8]) des Erblassers nach dem Leben trachtet;[9])

Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge auf Irrtum im Beweggrund beruht, kann aber allerdings diese nach § 2078 Abs. 2 angefochten werden.

[4a]) Hierbei kommt lediglich der vom Erblasser angegebene Grund in Betracht.

[5]) Unzutreffend ist es daher, wenn Cosack II § 409 III Z. 5 behauptet, daß der Erblasser zu einer Beschränkung des Pflichtteils „nur gegenüber seinen Nachkommen berechtigt" sei. Richtig ist nur soviel, daß eine Pflichtteilsbeschränkung nach Maßgabe des § 2338 nur gegenüber einem Abkömmling zulässig ist. Allein hier handelt es sich um eine im Interesse des Abkömmlings, dem der Pflichtteil nicht entzogen werden kann, zugelassene Pflichtteilsbeschränkung.

[6]) Sie setzen ausnahmslos ein Verschulden des Pflichtteilsberechtigten voraus.

[7]) Daß der sich verfehlende Abkömmling auch vom Ehegatten des Erblassers abstammt, ist hier nicht gefordert.

[8]) Der Ausdruck ist auch hier im technischen Sinne genommen, und die familienrechtlichen Vorschriften über Verwandtschaft im Rechtssinne (vgl. oben § 8 d. D.) sind somit zu beachten. Verwandtschaft des sich verfehlenden Abkömmlings mit dem anderen Abkömmling des Erblassers braucht jedoch nicht vorzuliegen.

[9]) Diese vom Gesetz gewählte Ausdrucksweise (vgl. auch § 1566) weist deutlich darauf hin, daß die Absicht des Pflichtteilsberechtigten auf Herbeiführung des Todes der im Texte bezeichneten Person gerichtet gewesen sein, und daß sich diese Absicht betätigt haben muß. Strafbarer Mord- oder Totschlagsversuch braucht jedoch nicht vorzuliegen. Vgl. auch Planck-Unzner IV Erl. z. § 1566. Der zuletzt berührte Punkt ist übrigens nicht unbestritten.

Digitized by Google

2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen Mißhandlung[10]) des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht,[11]) im Falle der Mißhandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt;
3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens[12]) gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht;[13])
4. wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht[14]) böswillig verletzt;[15])
5. wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.

In dem zuletzt erwähnten Falle ist die Entziehung jedoch unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat. Vgl. §§ 2333, 2336 Abs. 4.

---

[10]) Eine die Pflichtteilsentziehung rechtfertigende Mißhandlung dürfte nur dann anzunehmen sein, wenn in der Vornahme derselben eine grobe Pietätsverletzung gelegen war. Vgl. auch Protokolle V S. 561. Anders Planck-Ritgen Erl. 3 b z. § 2333, woselbst der Begriff der Mißhandlung ganz im Anschluß an die strafrechtliche Lehre entwickelt wird.

[11]) Durch diese Ausdrucksweise des Gesetzes wird außer Zweifel gestellt, daß das Handeln des Abkömmlings sich als ein widerrechtliches darstellen muß. Außer Betracht bleibt also insbesondere das Handeln in gerechter Notwehr. Vgl. auch Wilke S. 287 z. Nr. 2.

[12]) Während ein gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten sich richtendes Verbrechen einen Pflichtteilsentziehungsgrund immer bildet, rechtfertigt ein vorsätzliches Vergehen dieser Art die Pflichtteilsentziehung nur, wenn es ein „schweres" ist. Ob diese Voraussetzung im konkreten Falle zutrifft, ist nach richterlichem Ermessen zu entscheiden. Der Begriff des Verbrechens und der des Vergehens bestimmt sich nach dem StGB. Wegen einer gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten sich richtenden Übertretung des Abkömmlings kann diesem der Pflichtteil nicht entzogen werden.

[13]) Eine strafrechtliche Verurteilung wegen des vom Abkömmling begangenen Verbrechens oder schweren vorsätzlichen Vergehens braucht nicht stattgefunden zu haben.

[14]) Dabei ist, wie Planck-Ritgen Erl. 3 d z. § 2333 mit Recht hervorhebt, nur an die auf Verwandtschaft beruhende Unterhaltspflicht zu denken, nicht auch an die nach den §§ 528, 843, 844, 1969 bestehenden Verpflichtungen.

[15]) Daß diese Verletzung bis zur Zeit des Erbfalls fortgedauert habe, ist im Gesetz nicht gefordert.

Digitized by Google

b) Der Pflichtteil kann ferner entzogen werden: dem Vater, wenn er, der Mutter, wenn sie sich einer der unter a Z. 1, 3, 4 bezeichneten Verfehlungen schuldig macht (§ 2334);

c) dem Ehegatten, wenn er sich einer Verfehlung schuldig macht,[16]) auf Grund deren der Erblasser nach den §§ 1565 bis 1568[16a]) auf Scheidung zu klagen berechtigt ist.[17]) An die im § 1571 für die Erhebung der Scheidungsklage bzw. die Ladung zum Sühnetermin bestimmte Präklusivfrist ist jedoch das Recht zur Entziehung des Pflichtteils nicht gebunden.[18]) Vgl. § 2335.

3. Das Recht zur Entziehung des Pflichtteils erlischt in allen Fällen durch Verzeihung. Eine bereits ausgesprochene Entziehung wird durch nachfolgende Verzeihung unwirksam.[19]) Vgl. § 2337.

---

[16]) Unter der Voraussetzung des Textes ist der Erblasser seinem Ehegatten gegenüber zur Pflichtteilsentziehung selbst dann befugt, wenn der letztere im Falle der Erhebung der Scheidungsklage nicht für allein schuldig (vgl. hierzu § 1574) erklärt worden wäre.

[16a]) Die im Texte bezeichneten Scheidungsgründe setzen ein Verschulden des anderen Ehegatten voraus (vgl. auch § 1933). Ein nach Maßgabe des § 1569 (wegen Geisteskrankheit seines Ehegatten) zur Klage auf Scheidung berechtigter Erblasser kann also seinem Ehegatten den Pflichtteil aus diesem Grunde nicht entziehen.

[17]) Das Gesetz setzt hierbei als selbstverständlich voraus, daß der Erblasser die Scheidungsklage nicht erhoben hat. Denn im Falle der erfolgten Erhebung der Klage würde der andere Gatte ohnedies schon nach § 1933 von der gesetzlichen Erbfolge und daher auch vom Pflichtteil ausgeschlossen sein. Die Vorschrift des § 2335 beruht also offenbar auf dem Gedanken, daß ein Erblasser, den religiöse oder sittliche Bedenken von der Durchsetzung der Ehescheidung zurückhielten, nicht bemüssigt sein soll, seinem schuldigen Ehegatten den Pflichtteil zu hinterlassen. Vgl. Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2335.

[18]) Daraus ergibt sich zugleich, daß aus der Nichteinhaltung dieser Frist auch nicht der Schluß auf eine durch den Erblasser erfolgte Verzeihung gezogen werden darf.

[19]) Die Unwirksamkeit erstreckt sich aber nicht zugleich auch auf die vom Erblasser ausgesprochene Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge. Selbst eine Anfechtung der letzteren nach § 2078 Abs. 2 wird sich auf die bloße Tatsache der nachträglichen Verzeihung des Entziehungsgrundes durch den Erblasser nicht stützen lassen. Denn mit dieser Verzeihung ist der Wille des Erblassers, daß der in Frage stehende Pflichtteilsberechtigte keinesfalls mehr erhalten solle als den Pflichtteil, sehr wohl verträglich. Anders würde nur zu entscheiden sein, wenn besondere Gründe die Annahme rechtfertigen, daß der Erblasser, wenn er die Möglichkeit der Verzeihung in Erwägung gezogen hätte, den Pflichtteilsberechtigten für diesen Fall von der

Digitized by Google

III. Eine nicht zur Strafe, sondern lediglich im wohlverstandenen Interesse des Pflichtteilsberechtigten — also in guter Absicht, bona mente — erfolgende Beschränkung des Pflichtteils ist nur gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling,[19a]) der in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder verschuldet ist, daß sein späterer Erwerb gefährdet wird,[20]) zulässig. Unter diesen Voraussetzungen[21]) kann der Erblasser verfügen:

1. daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das jenem Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben[22]) oder als Nachvermächtnisnehmer nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen;

2. daneben oder auch selbständig, d. h. ohne die Verfügung unter Z. 1[23]) kann der Erblasser ferner für die Lebenszeit

---

Erbfolge nicht ausgeschlossen haben würde. Viel weitergehend Cosack II § 410 I 1 b (Beispiel II), der in Fällen solcher Art ohne weiteres § 2079 zur Anwendung bringen will.

[19a]) Vgl. aber auch die weitere Ausführung des Textes unter a.

[20]) Schiffner S. 80 Anm. 14, Endemann III § 134 Anm. 36 und Frommhold S. 305 Z. 3 halten die Möglichkeit einer solchen Gefährdung für ausgeschlossen, wenn der Pflichtteilsberechtigte bereits als Verschwender entmündigt ist. Allein gewiß mit Unrecht. Es ist zunächst sehr wohl möglich, daß die vom Pflichtteilsberechtigten vor der Entmündigung eingegangenen Verbindlichkeiten den späteren Erwerb gefährden. Ganz abgesehen hiervon darf nicht unbeachtet bleiben, daß die einem wegen Verschwendung entmündigten Abkömmling gegenüber vom Erblasser in guter Absicht angeordnete Pflichtteilsbeschränkung, dafern nur die Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit nach § 2338 vorhanden sind, Bedeutung auch für den Fall behält, daß die Entmündigung nach § 6 Abs. 2 wieder aufgehoben wird. Sachlich ebenso Planck-Ritgen Erl. 2 zu § 2338.

[21]) Hatte der Erblasser Anordnungen der im Texte bezeichneten Art getroffen, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen, so bestimmt sich die rechtliche Stellung des Pflichtteilsberechtigten ohne weiteres (d. h. ohne daß es einer Anfechtung, die Frommhold S. 306 Z. 5 für erforderlich zu halten scheint, bedarf) nach den §§ 2303 bis 2308 (vgl. auch die weitere Ausführung im Texte unter a). Nahm der Erblasser das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 2338 Abs. 1 a. A. irrtümlich an, und will sich der Abkömmling, dem mehr als der Pflichtteil aber mit Beifügung der im § 2338 bezeichneten Beschränkungen hinterlassen ist, lediglich der letzteren erwehren, so muß er sich allerdings der Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 bedienen.

[22]) Vgl. hierzu § 863 CPO.

[23]) Unrichtig Schiffner S. 82 Anm. 27. Er meint, daß die oben unter Z. 2 erwähnte Anordnung nur in Verbindung mit der unter Z. 1 hervorge-

Digitized by Google

des Abkömmlings die Verwaltung des demselben Zugewendeten, aber unter Wahrung des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten auf den jährlichen Reinertrag, einem Testamentsvollstrecker übertragen.[24])

Die Anordnungen unter Z. 1 und 2 sind jedoch — soweit ihre Geltung nicht auf den Vorschriften der §§ 2306, 2307[24a]) beruht — unwirksam, wenn der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls sich von dem verschwenderischen Leben dauernd abgewendet hat, oder wenn die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht. Vgl. § 2338.[25])

Einzelheiten:

Die Anwendung der Vorschriften des § 2338 auf konkrete Fälle bietet größere Schwierigkeiten, als der glatte Wortlaut zunächst erwarten läßt.

a) Mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 2305 bis 2307 ist vor allem eine strenge Scheidung zwischen denjenigen Fällen, in welchen dem pflichtteilsberechtigten Abkömmling lediglich der Pflichtteilsanspruch oder ein die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigender Erbteil hinterlassen ist, einerseits und den Fällen des § 2306 Abs. 1 Satz 2 und des § 2307 andererseits notwendig. Nur in den Fällen der ersten Art greift § 2338 vollständig durch. In den Fällen der zweiten Art, d. h. wenn der Erblasser dem pflichtteilsberechtigten Abkömmling einen Erbteil, der größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, oder ein Vermächtnis hinterlassen hat, ist dagegen die vom Erblasser getroffene Anordnung, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer erhalten sollen, oder daß die Verwaltung des Hinterlassenen für die Lebenszeit des Abkömmlings mit der Maßgabe des § 2338 Abs. 1 letzter HS. einem Testamentsvollstrecker zustehen soll, deshalb allein noch nicht unwirksam, weil die Voraussetzungen des § 2338 nicht vorliegen. Ja es muß sogar gesagt werden, daß dem Pflichtteilsberechtigten auferlegte Beschränkungen

---

hobenen getroffen werden könne. Dagegen spricht aber gleichmäßig der Wortlaut des § 2338 wie das zu dieser Bestimmung in den Protokollen (V S. 570) Bemerkte.

[24]) Vgl. auch hier § 863 ZPO.

[24a]) Vgl. dazu die im Texte unter a folgende Ausführung.

[25]) Der Inhalt von Abs. 2 Satz 1 des § 2338 ist schon unter I des Textes herausgestellt worden und konnte deshalb unter III unberührt bleiben.

Digitized by Google

und Beschwerungen sich in den Fällen der zweiten Art, gleichviel ob die Voraussetzungen des § 2338 vorliegen oder nicht,[25a]) nach Maßgabe der §§ 2306, 2307 selbst dann als wirksam erweisen können, wenn sie anders geartet sind als die im § 2338 besonders gestatteten Anordnungen.[26]) In allen Fällen der zweiten Art steht der pflichtteilsberechtigte Abkömmling zunächst vor der Wahl, das ihm Hinterlassene mit den Beschränkungen, Beschwerungen anzunehmen, oder auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen. Entscheidet sich der Abkömmling für das letztere, so ist die vom Erblasser in guter Absicht angeordnete Pflichtteilsbeschränkung allerdings nur nach Maßgabe des § 2338 wirksam.[26a])

b) Auch diejenigen Fälle, für welche § 2338 durchgreift, bedürfen noch genauerer Würdigung:

α) Auf einen anderen Zeitpunkt als den des Todes des Abkömmlings kann der Erblasser die nach § 2338 zu beurteilende Zuweisung des dem Abkömmling Hinterlassenen oder des diesem gebührenden Pflichtteils an dessen gesetzliche Erben nicht stellen. Da sich ferner erst nach dem Zeitpunkte dieses Todes bestimmt, welche Personen als gesetzliche Erben in Betracht kommen, so kann einem nur eventuellen gesetzlichen Erben des Abkömmlings, der zwar den Tod des Erblassers, nicht aber auch den Tod des Abkömmlings erlebt, in den nach § 2338 zu beurteilenden Fällen

---

[25a]) Das im Texte Gesagte trifft auch dann zu, wenn der Pflichtteilsberechtigte kein Abkömmling des Erblassers ist. Schlägt derselbe jedoch die Zuwendung aus, so kann seinem Pflichtteilsanspruch gegenüber eine auf § 2338 beruhende Pflichtteilsbeschränkung niemals in Betracht kommen.

[26]) Beispiel: Der Erblasser setzt seinen einzigen Sohn als Alleinerben ein, bestimmt aber zugleich, daß die Erbschaft nach dem Tode des Sohnes keinesfalls an dessen Ehegattin, sondern nur an dessen Abkömmlinge und bei Nichtvorhandensein von Abkömmlingen an den extraneus E als Nacherben gelangen solle. Nimmt der Sohn hier die ihm angebotene Erbfolge an, so muß er sich die vom Erblasser angeordnete Nacherbfolge, soweit hinsichtlich dieser nicht ein besonderer Anfechtungsgrund gegeben ist (vgl. oben Anm. 21), ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen des § 2338 vorhanden waren oder nicht, gefallen lassen.

[26a]) Dasselbe gilt auch im Falle des § 2307 hinsichtlich des durch den Wert des vom Abkömmling angenommenen Vermächtnisses nicht gedeckten Pflichtteilsbetrags.

Digitized by Google

keinesfalls ein vererbliches Recht nach § 2108 Abs. 2 zugeschrieben werden.[27])

β) An andere Personen als die gesetzlichen Erben des Abkömmlings kann die im § 2338 gestattete Zuweisung nicht erfolgen. Ebensowenig kann der Erblasser die Anteile der gesetzlichen Erben abweichend von dem Verhältnis der gesetzlichen Erbteile der in Betracht kommenden Personen bestimmen.[28]) Von Belang sind noch folgende Fragen:

aa) Ist die Zuweisung des Erblassers schlechtweg an die gesetzlichen Erben des Abkömmlings erfolgt, so kommt sie doch, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, diesem nicht zu statten.[29]) Aus den §§ 2104 Satz 2 und 2149 Satz 2 und aus dem Zwecke der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht (vermöge dessen sie zum Verbleiben des Pflichtteils des Abkömmlings in dessen Familie führen soll) ist vielmehr zu schließen, daß der Pflichtteil des Abkömmlings in diesem Falle als Bestandteil von dessen Nachlaß der freien Verfügung von Todeswegen[29a]) unterliegt. Kommt es nach dem Tode des Abkömmlings auf Grund einer von diesem getroffenen Verfügung von Todeswegen zur gewillkürten Erbfolge, so erstreckt sich somit diese auch auf den Pflichtteil. Fehlt es an einem gewillkürten Erben, so erlangt der Fiskus den Pflichtteil des Abkömmlings nicht als Nacherbe oder Nachvermächtnisnehmer, sondern als Erbe des gesamten Nachlasses des Abkömmlings mit Einschluß des dazu gehörenden Pflichtteils.[30])

bb) Wie verhält es sich, wenn ein gesetzlicher Erbe des Abkömmlings sich diesem gegenüber (man denke etwa an den Fall der Tötung oder des Tötungsversuchs) erbunwürdig gemacht hat?[31]) Kann hier der Anfall an den Erbunwürdigen von demjenigen angefochten werden, welchem dessen Wegfall hinsichtlich des Pflichtteils unmittel-

---

[27]) Vgl. Planck-Ritgen Erl. 3 a zu § 2338, aber auch die Ausführung des Textes unter a.

[28]) Das im Texte unter a Gesagte muß aber auch hier festgehalten werden.

[29]) Vgl. auch Schiffner S. 81 Anm. 22 und Planck-Ritgen Erl. 3 a z. § 2338.

[29a]) Die Verfügung unter Lebenden kann durch die vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung ausgeschlossen sein.

[30]) Vgl. Planck-Ritgen a. a. O.

[31]) Vgl. unten § 60 d. D.

Digitized by Google

bar oder mittelbar, d. h. erst nach Wegfall eines anderen (§ 2341) zu statten kommt? Die Frage wird deshalb bejaht werden müssen, weil ein im Verhältnis zum Abkömmling Erbunwürdiger (Anfechtung vorausgesetzt) als dessen gesetzlicher Erbe nicht in Betracht kommt. Eine weitere Frage ist, ob gegen einen zur Nacherbfolge oder zu einem Nachvermächtnis berufenen gesetzlichen Erben des Abkömmlings von den unmittelbar oder doch eventuell Interessierten auch geltend gemacht werden kann, daß jener sich dem Erblasser, welcher die Nacherbfolge oder das Nachvermächtnis angeordnet hat, gegenüber erbunwürdig gemacht habe? Auch dies wird bejaht werden müssen; denn indem der gesetzliche Erbe des Abkömmlings im Verhältnis zu diesem Nacherbe oder Nachvermächtnisnehmer wird, macht er einen erbrechtlichen Erwerb aus dem Vermögen des Erblassers.

cc) Kann der Abkömmling nach Maßgabe der Vorschriften über die Pflichtteilsentziehung bestimmen, daß von den gesetzlichen Erben, an welche sein Pflichtteil nach Maßgabe der Anordnung des Erblassers nach seinem Tode gelangen soll, derjenige ausgeschlossen sei, welcher sich ihm gegenüber einer die Pflichtteilsentziehung rechtfertigenden Verfehlung schuldig gemacht hat? Für die Bejahung[31a]) spricht, daß nur durch sie widerspruchsvolle Entscheidungen vermieden werden. Denn sonst würde im Falle des § 2338 ein Anteil an dem Pflichtteil des Abkömmlings selbst demjenigen gesetzlichen Erben desselben zukommen müssen, welchem der Abkömmling hinsichtlich seines Nachlasses den Pflichtteil rechtmäßig entzogen hat.

dd) Kann der Erblasser von den im § 2338 bezeichneten gesetzlichen Erben einzelne Gruppen oder einzelne Personen ausschließen? Verschiedene Möglichkeiten sind dabei auseinanderzuhalten: αα) Der Erblasser kann eine Anordnung im Sinne des § 2338 sicherlich in der Weise treffen, daß er in Ansehung des Pflichtteils des Abkömmlings nur eine Ordnung der gesetzlichen Erben des letzteren (also z. B. die erste Ordnung) beruft. Die Anordnung ist dann nur für den Fall wirksam, als Angehörige dieser Ordnung beim Tode des Abkömmlings wirklich vorhanden sind.[32]) ββ) Von den einer bestimmten Ordnung angehörenden gesetzlichen Erben des

[31a]) Ist der in Betracht kommende gesetzliche Erbe dem Abkömmling gegenüber nicht pflichtteilsberechtigt, so müßte § 2294 zur entsprechenden Anwendung gebracht werden.

[32]) Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 3 a zu § 2338.

Digitized by Google

Abkömmlings kann der Erblasser einzelne Personen nicht willkürlich in der Weise ausschließen, daß das auf sie nach Verhältnis der gesetzlichen Erbteile Entfallende den anderen gesetzlichen Erben des Abkömmlings zukomme.[33]) Zweifelhaft ist, ob der Erblasser die Zuweisung des Pflichtteils des Abkömmlings an dessen gesetzliche Erben derart beschränken kann, daß er von den gesetzlichen Erben einer bestimmten Ordnung nur eine Untergruppe nach Maßgabe der Anteile, die ihnen bei der gesetzlichen Erbfolge zufallen würden, beruft, im übrigen aber dem Abkömmling freie Hand läßt. Beispiel: Als gesetzliche Erben des Abkömmlings kommen dessen Abkömmlinge und neben diesen der überlebende Ehegatte in Betracht. Kann hier der Erblasser anordnen, daß die Pflichtteilsbeschränkung nach § 2338 nur zu Gunsten der Abkömmlinge des Abkömmlings und nicht auch zu Gunsten des Ehegatten eintreten soll? Die Bejahung dürfte leichter zu rechtfertigen sein als die Verneinung. Im Falle der Bejahung müßte angenommen werden, daß derjenige Anteil des Pflichtteils, welcher nach Verhältnis des gesetzlichen Erbteils auf den überlebenden Ehegatten des Abkömmlings entfallen würde, zum Nachlaß des letzteren gehört, und daß dieser über ihn daher auch von Todeswegen verfügen kann. Im Falle der Beerbung des Abkömmlings durch dessen gesetzliche Erben müßte aber doch der vorerwähnte Anteil am Pflichtteil dem überlebenden Ehegatten des Abkömmlings bei der Auseinandersetzung allein zugewiesen werden. γγ) Wie ist die Anordnung des Erblassers zu beurteilen, wenn dieser die Zuweisung des Pflichtteils des Abkömmlings nicht zu Gunsten von dessen gesetzlichen Erben überhaupt, sondern zu Gunsten bestimmter von ihm namentlich bezeichneter Personen ausgesprochen hat? Man wird die Zuweisung nur insoweit als wirksam behandeln dürfen, als die Benannten beim Tode des Abkömmlings als dessen gesetzliche Erben in Betracht kommen könnten. δδ) Es ergibt sich endlich noch die Frage, ob der Erblasser von den nach § 2338 in Betracht kommenden gesetzlichen Erben des Abkömmlings unter entsprechender Anwendung des § 2336 diejenigen von der Anteilsberechtigung ausschließen kann, welchen er den Pflichtteil entziehen könnte, dafern sie ihm gegenüber pflichtteilsberechtigt wären? Die Analogie nach § 2294 scheint hierfür zu sprechen.

---

[33]) Vgl. aber auch hier wieder die Ausführung des Textes unter a.

Digitized by Google

γ) Für die zutreffenden Einzelentscheidungen kommt viel darauf an, was der Erblasser dem Abkömmling, hinsichtlich dessen er die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht anordnet, hinterlassen hat:

aa) Das Hinterlassene besteht lediglich in dem Pflichtteilsanspruch. Dann sind die gesetzlichen Erben des Abkömmlings diesem gegenüber weder Nacherben noch Nachvermächtnisnehmer, aber sie erlangen doch eine der eines Nachvermächtnisnehmers analoge Stellung.[34])

bb) Dem Abkömmling ist ein über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht hinausreichender Erbteil hinterlassen. Dann hat die Zuweisung an die gesetzlichen Erben des Abkömmlings den Charakter der Nacherbenernennung.

cc) Über den Fall, daß dem Abkömmling ein die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigender Erbteil oder ein Vermächtnis in Verbindung mit Beschränkungen der im § 2338 bezeichneten Art hinterlassen ist, vgl. die Ausführung unter a.

IV. Recht auf Ergänzung des Pflichtteils.

§ 58.

I. Durch eventuelle Pflichtteilsrechte seiner Abkömmlinge, Eltern, seines Ehegatten wird der Erblasser in der freien Verfügung über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden grundsätzlich ebensowenig beschränkt, als er dies zufolge des in anderem Zusammenhange Gesagten ist, durch die aus einem von ihm geschlossenen Erbvertrag entspringenden eventuellen Rechte des unwiderruflich Bedachten. Wie im Falle des Erbvertrags, so läßt sich dieser Grundsatz auch auf unserem Gebiete nicht ganz ausnahmslos durchführen, und hier wie dort fordern Schenkungen des Erblassers[1]) eine besondere, im Pflichtteilsrecht freilich ungleich schwierigere Behandlung. Um den Pflichtteilsberechtigten gegen Beeinträchtigung seines Rechtes zu sichern, gewährt ihm das Gesetz im Falle einer vom Erblasser vorgenommenen Schenkung[2]) ein Recht auf Ergänzung des Pflichtteils

---

[34]) Vgl. auch Planck-Ritgen a. a. O. 3a a. E.

[1]) Über die Frage, wer als Schenker anzusehen ist, wenn die Schenkung aus einem gütergemeinschaftlichen Vermögen erfolgt ist, vgl. § 2331.

[2]) Der Begriff der Schenkung bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. aber außer § 516 doch auch § 2301 Abs. 2). Doch wird der Schenkung

Digitized by Google

(§ 2325), so daß zu dem lediglich vom Nachlaßvermögen berechneten ordentlichen Pflichtteil als außerordentlicher[3]) Pflichtteil noch der Betrag hinzukommt, um welchen jener größer wäre, wenn der verschenkte Gegenstand[4]) noch zum Nachlaß gehörte. Das BGB. knüpft hierdurch an schon im römischen Rechte[5]) enthaltene und von den modernen Gesetzgebungen aufgenommene und weitergebildete Gedanken an, gestaltet sie aber in zum Teile eigenartiger Weise aus. Vgl. §§ 2325 bis 2331.

---

im technischen Sinne die Begründung einer Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (§ 81) deshalb gleichzustellen sein, weil dieser Vorgang im Verhältnis zum Pflichtteilsberechtigten einer Schenkung praktisch gleich kommt. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 2a z. § 2325. Zweifel entstehen, wenn der Erblasser jemandem eine unentgeltliche Zuwendung auf dem Wege des alteri stipulari (§ 328) gemacht hat. Liegen hierbei, weil zu dem alteri stipulari auch noch die Einigung zwischen dem Erblasser und dem Dritten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung gekommen ist (§ 516 Abs. 1), die Voraussetzungen der Schenkung vor, so sind die §§ 2325 ff. ohne weiteres zur Anwendung zu bringen. Hatte diese Einigung bei Lebzeiten des Erblassers noch nicht stattgefunden, und weist der Begünstigte den ihm infolge des zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrages angefallenen Erwerb auch nicht zurück, so wird die Zuwendung als schenkweise erfolgt zu gelten haben, dafern nicht der Begünstigte auf die an ihn vom Erben des Zuwendenden nach Maßgabe des § 516 Abs. 2 gerichtete Aufforderung den schenkweisen Erwerb hinterher ablehnt. Verbleibt es bei dem letzteren, so steht der Anwendung der §§ 2325 ff. auch hier ein Hindernis nicht mehr entgegen. Wesentlich anders allerdings Hellwig, Verträge S. 386 ff.; vgl. besonders S. 387 unter Z. 2.

[3]) Das Gesetz selbst (vgl. aber auch Entwurf I §§ 2010 ff.) gebraucht übrigens die Bezeichnungen „ordentlicher" und „außerordentlicher" Pflichtteil nicht, sondern es spricht nur vom Pflichtteil und von der „Ergänzung des Pflichtteils". Grundlose Bedenken gegen die Verwendung des bequemen Ausdrucks „außerordentlicher Pflichtteil" bei Frommhold S. 293 Z. 1. Gegen ihn mag insbesondere an den Fall erinnert werden, wo der auf Grund des Nachlaßvermögens berechnete Pflichtteil gleich Null und der Pflichtteilsberechtigte lediglich auf seinen Anspruch gegen den Beschenkten angewiesen ist. Hier paßt der Ausdruck „außerordentlicher Pflichtteil" entschieden besser als die Bezeichnung „Pflichtteilsergänzung".

[4]) Auf die Größe der Schenkung kommt dabei nichts an und ebensowenig darauf, ob die Schenkung aus dem Stammvermögen des Erblassers oder aus den Einkünften erfolgt ist.

[5]) Es suchte durch die Einführung der querela inofficiosae donationis et dotis (vgl. Windscheid II § 586) — deren Lehre übrigens für das Recht des BGB. nicht zu verwerten ist — Abhilfe zu schaffen.

Digitized by Google

II. Bei der Darstellung des Rechtes auf Ergänzung des Pflichtteils soll zunächst von dem besonders zu besprechenden Falle, daß der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk vom Erblasser erhalten hat, abgesehen und nur der Normalfall ins Auge gefaßt werden, daß ein Dritter beschenkt worden ist. Es hat dann folgende Beurteilung einzutreten:

1. Das Recht auf Pflichtteilsergänzung ist nicht dadurch bedingt, daß die vom Erblasser vorgenommene Schenkung geradezu in der Absicht erfolgt ist, den Pflichtteilsberechtigten zu verkürzen, und auch nicht dadurch, daß der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden war.

2. Wegen solcher Schenkungen, durch die der Erblasser einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen hat, kann eine Ergänzung des Pflichtteils keinesfalls gefordert werden (§ 2330). Hinsichtlich anderer Schenkungen entfällt das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils regelmäßig dann, wenn zur Zeit des Erbfalls bereits zehn Jahre seit der „*Leistung*" des verschenkten Gegenstandes verflossen sind; ist die Schenkung jedoch an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, „so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe",[9]) d. h. die während der Ehe erfolgte Schenkung bleibt nur dann unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Auflösung der Ehe verstrichen sind (§ 2325 Abs. 3).

Sehr bemerkenswert ist, daß die Bestimmung des § 2325 Abs. 3 auch dann durchgreift, wenn der Erblasser zur Zeit der Schenkung geradezu die Absicht hatte, einen Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen. Insofern ist ein zur Zeit der Schenkung bereits vorhandener Pflichtteilsberechtigter Schenkungen des Erblassers gegenüber schlechter gestellt als ein Vertragserbe nach § 2287, oder ein Vermächtnisnehmer nach § 2288. Denn wenn der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, einen Dritten beschenkt hat, so ist der Vertragserbe nach Anfall der Erbschaft, gleichviel *wann* die Schenkung erfolgt ist, berechtigt, vom Beschenkten die

[9]) Für diese Entscheidung war die Erwägung maßgebend, daß bei Schenkungen unter Ehegatten der geschenkte Gegenstand während der Dauer der Ehe *tatsächlich* gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten bleibe; auch läge hier der Verdacht eines den Pflichtteilsberechtigten benachteiligenden arglistigen Verhaltens besonders nahe. Vgl. Protokolle V S. 588.

Digitized by Google

Herausgabe des Geschenks nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern, und wenn der Erblasser den Gegenstand eines Vertragsvermächtnisses in der bezeichneten Absicht schenkweise einem anderen überläßt, so steht dem vertragsmäßig Bedachten ein Anspruch auf Ersatz gegen den Erben und, soweit der Ersatz von diesem nicht erlangt werden kann, der (im § 2287 bestimmte) Anspruch gegen den Beschenkten zu. Im Falle eines zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten, sei es auch in der direkten Absicht, diesen zu beeinträchtigen, gemachten Geschenks ist dagegen dem Pflichtteilsberechtigten jede Hilfe versagt, wenn zur Zeit des Erbfalls der im § 2325 bestimmte Zeitraum von zehn Jahren bereits verstrichen ist.

3. Soweit die vom Erblasser gemachten Schenkungen bei der Pflichtteilsberechnung überhaupt in Betracht kommen, sind verbrauchbare Sachen mit dem Werte anzusetzen, den sie zur Zeit der Schenkung (nicht etwa zur Zeit der Leistung des geschenkten Gegenstandes) hatten; andere Gegenstände mit dem Werte zur Zeit des Erbfalls und, dafern dieser zur Zeit der Schenkung geringer war, mit diesem geringeren Werte (§ 2325 Abs. 2). Hierdurch scheint der Schluß nahegelegt zu sein, daß eine bezüglich des geschenkten unverbrauchbaren Gegenstandes noch vor dem Erbfall eingetretene Wertvernichtung oder Wertverminderung dem Pflichtteilsberechtigten unter allen Umständen zum Nachteil gereichen müsse, und daß auch dann lediglich der Wert des geschenkten unverbrauchbaren Gegenstandes zur Zeit des Erbfalls in Ansatz zu bringen sei, wenn sich dieser Gegenstand gar nicht mehr im Vermögen des Schenknehmers befindet, statt desselben aber vielleicht ein Äquivalent. Bei genauerer Erwägung kann jedoch dieser Schluß nicht festgehalten werden. Beispiel: Infolge des Verschuldens eines Dritten ist der geschenkte Gegenstand zu Grunde gegangen, so daß dem Beschenkten hieraus ein Anspruch auf Wertersatz gegen den Schuldtragenden erwachsen ist. Es würde geradezu widersinnig sein, wenn die vom Erblasser gemachte Schenkung in diesem Falle nicht in Ansatz gebracht werden wollte.[7]) Die berührten Fragen werden daher mit großer Vorsicht, nicht schematisch, sondern nur auf Grund freier Beurteilung der Sachlage zu beantworten sein.[8])

[7]) In diesem Punkte zustimmend Planck-Ritgen Erl. 3b z. § 2325.

[8]) Weitere Beispiele: 1. Der Erblasser hat dem X ein Haus im Werte

Digitized by Google

War ein vom Erblasser erteiltes Schenkungsversprechen zur Zeit des Erbfalls noch nicht erfüllt, so ist der Wert der geschuldeten Leistung bei der Berechnung des ordentlichen Pflichtteils als Nachlaßpassivum zu behandeln. Handelt es sich aber um die Berechnung der Pflichtteilsergänzung, so ist der Wert des Geschenks nach Maßgabe des § 2325 dem Nachlaß wieder zuzurechnen.[9])

4. Soweit die §§ 2325 ff. besonderes nicht bestimmen, gelten die allgemeinen pflichtteilsrechtlichen Vorschriften auch für das Recht auf Pflichtteilsergänzung.[10])

5. Die Verwirklichung des Rechtes auf die Pflichtteilsergänzung gestaltet sich je nach den Umständen verschieden. Ist neben dem ordentlichen Pflichtteil auch die Pflichtteilsergänzung durch das dem Pflichtteilsberechtigten vom Erblasser Hinterlassene und von ihm An-

---

von 60000 Mk. geschenkt. Kurze Zeit vor dem Erbfall begeht X rücksichtlich des hoch versicherten Hauses das Delikt des § 265 StGB. (sogenannter Versicherungsbetrug). Infolge des Brandes mindert sich der Wert des Grundstücks auf 15000, selbstverständlich erhält X auch von der Versicherungsgesellschaft nichts. Soll hier bei der Berechnung der dem Pflichtteilsberechtigten zukommenden Pflichtteilsergänzung als Wert des geschenkten Gegenstandes wirklich nur der Betrag von 15000 in Ansatz gebracht werden? Oder ist dieser Wert nicht vielmehr ungeachtet der später eingetretenen Wertminderung noch immer mit 60000 anzunehmen? Sachlich entsprechend ist gewiß nur die letztere Entscheidung. Vgl. aber auch Hellmann S. 235 und Planck-Ritgen Erl. 3a z. § 2325. 2. X hat das ihm vom Erblasser geschenkte Haus um einen seinem Werte entsprechenden Preis an Y weiter verkauft. Kurze Zeit vor dem Erbfall wird das Haus infolge einer von Y begangenen groben Unvorsichtigkeit ein Raub der Flammen. Die Brandstätte hat nur mehr den Wert von 15000. Auch hier ist ein sachlicher Grund dafür, daß der Wert des geschenkten Gegenstandes bei der Bestimmung der dem Pflichtteilsberechtigten gebührenden Pflichtteilsergänzung nur mit 15000 angesetzt werde, nicht zu finden, und zwar gleichviel, ob derjenige, welcher die Pflichtteilsergänzung zu leisten hat, der Erbe oder der Beschenkte ist. Vgl. übrigens auch hier Hellmann und Planck-Ritgen a. d. a. O.

[9]) Ein Recht zur Verweigerung der geschuldeten Leistung hat der Erbe grundsätzlich nicht. Anders verhält es sich nur, wenn und soweit der Ergänzungsanspruch dem pflichtteilsberechtigten Erben selbst (vgl. § 2329) gegen den Beschenkten zusteht.

[10]) Im Entwurf I (§ 2010) war dies ausdrücklich ausgesprochen. Im BGB. fehlt eine analoge Bestimmung; man hat ihre Aufnahme mit Rücksicht auf die Fassung des jetzigen § 2325 für entbehrlich gehalten. Vgl. Protokolle V S. 589.

Digitized by Google

genommene vollständig gedeckt, so kommt ein spezifischer Anspruch auf Pflichtteilsergänzung nicht in Frage. Wenn und insoweit dagegen diese Deckung nicht gegeben ist, richtet sich der Ergänzungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten zunächst gegen den Erben[11]) und in dem Falle, daß der Pflichtteilsberechtigte Teilerbe geworden ist, gegen den Miterben. Eine Richtung gegen den Beschenkten erhält der Ergänzungsanspruch nur insoweit, als der Erbe bzw. Miterbe (aus später zu erörternden Gründen) zur Ergänzung nicht verpflichtet ist (vgl. § 2329).

Folgende Möglichkeiten sind besonders ins Auge zu fassen:

a) Dem Pflichtteilsberechtigten ist ein Erbteil hinterlassen, der die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils erreicht,[12]) aber nicht übersteigt. Dann ist durch diesen Erbteil und zwar mit Rücksicht auf § 2306 Abs. 1 Satz 1 selbst dann, wenn die Hinterlassung in Verbindung mit Beschränkungen und Beschwerungen erfolgt ist, der ordentliche Pflichtteil gedeckt.[13]) Hinsichtlich der Pflichtteilsergänzung ist der Anspruch gegen den Miterben, eventuell gegen den Beschenkten begründet.

b) Der dem Pflichtteilsberechtigten ohne Beschränkungen und Beschwerungen hinterlassene Erbteil ist größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Soweit der Wert des mehr Hinterlassenen reicht, ist hier der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung ausgeschlossen. Soweit aber die Pflichtteilsergänzung durch das Hinterlassene ungedeckt bleibt, ist der Ergänzungsanspruch in gleicher Weise begründet wie im Falle a (vgl. § 2326).

Weniger einfach gestaltet sich jedoch die Beurteilung, wenn dem Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich des ihm hinterlassenen und die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteils Beschränkungen und Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art auferlegt sind. Hat

---

11) Dieser dem röm. Recht fremde Gedanke ist dem C. c. entnommen. Vgl. Motive V S. 454.

12) Auf den Fall, daß selbst der ordentliche Pflichtteil durch den hinterlassenen Erbteil nicht voll gedeckt ist (§ 2305), braucht nicht nochmals eingegangen zu werden.

13) Schlägt der Pflichtteilsberechtigte in diesem Falle den angefallenen Erbteil aus, so kann er (vgl. aber doch auch § 2309) den ordentlichen Pflichtteil nicht beanspruchen (vgl. oben § 49 bei Anm. 10). Das Recht auf die Pflichtteilsergänzung wird aber hierdurch nicht berührt.

Digitized by Google

der Pflichtteilsberechtigte hier zur Zeit der Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung des Erbteils Kenntnis von der sein Recht auf Pflichtteilsergänzung begründenden Schenkung des Erblassers, so wird er zu erwägen haben, ob sein Pflichtteil nebst Ergänzung trotz der auferlegten Beschränkungen und Beschwerungen durch den anfallenden Erbteil gedeckt ist oder nicht. Im ersten Falle wird er annehmen, im zweiten ausschlagen und den Pflichtteil nebst Ergänzung beanspruchen. Entschließt er sich aber zur Annahme, obschon die vorerwähnte Deckung nicht vorhanden ist, so muß er sich den Wert des hinterlassenen Erbteils auf den Pflichtteil nebst Ergänzung voll, d. h. ohne Rücksicht auf die infolge der Beschränkungen und Beschwerungen eintretende Wertminderung (§ 2306 Abs. 1 Satz 2) anrechnen lassen und kann er somit den Anspruch auf Pflichtteilsergänzung nur soweit stellen, als der anzurechnende Wert hinter dem Betrag des Pflichtteils nebst Ergänzung zurückbleibt.

Schwierigkeiten, deren Erledigung im Gesetz nicht vorgesehen ist, ergeben sich in dem vorausgesetzten Falle dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der sein Recht auf Pflichtteilsergänzung begründenden Schenkung des Erblassers erst Kenntnis erlangt hat, nachdem er den angefallenen Erbteil mit Rücksicht darauf, daß er durch ihn ungeachtet der Beschränkungen und Beschwerungen seinen ordentlichen Pflichtteil gedeckt sah, angenommen hatte. Mit welchem Werte ist hier der vom Pflichtteilsberechtigten angenommene Erbteil zum Zwecke der Berechnung der Pflichtteilsergänzung in Ansatz zu bringen?[14])

---

[14]) Endemann III § 133 Anm. 20 will hier § 2306 Abs. 1 Satz 2, 2. Hälfte anwenden und führt dies näher dahin aus, daß die Ausschlagungsfrist erst beginnt, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der wahren Höhe seines Pflichtteilsanspruchs, also auch von seinem Rechte auf Pflichtteilsergänzung Kenntnis erlangt hat. Allein § 2306 Abs. 1 a. E. enthält eine solche Bestimmung — durch die übrigens im Falle des Textes Abhilfe doch nicht geschaffen würde — nicht. Mit der Auffassung Endemanns berührt sich zum Teil die Ausführung bei Frommhold S. 295 Z. 1: „Insbesondere beginnt die Frist, binnen welcher der Pflichtteilsberechtigte den ihm mit Beschränkungen hinterlassenen Erbteil ausschlagen kann (§ 2306 Abs. 1 Satz 3), erst, wenn er von den Tatsachen (der Schenkung) Kenntnis erlangt hat, welche seinen Ergänzungsanspruch zu rechtfertigen geeignet sind." Hiergegen ist in sachlicher Beziehung zunächst dasselbe zu sagen, was gegen Endemann bemerkt worden ist. Besonders zu rügen bleibt die von Frommhold gegebene Bestimmung der Ausschlagungsfrist als der Frist, binnen welcher der Pflichtteilsberechtigte

Digitized by Google

Die allgemeine Tendenz des Gesetzes (§ 2306) geht zweifellos dahin, daß die Beschränkungen und Beschwerungen außer Betracht zu bleiben haben, und dem Pflichtteilsberechtigten der so ermittelte Betrag voll angerechnet werden soll. Allein diese Entscheidung ist doch offenbar dann ganz unbillig, wenn der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der von ihm zu Gunsten der Annahme des ihm Zugewendeten gefaßten Entschließung nur den ordentlichen Pflichtteil in Rechnung zog, davon dagegen, daß ihm auch noch ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils zustehe, gar keine Ahnung hatte.

Zu einer annehmbaren Lösung der aufgeworfenen Fragen kann man nur gelangen,[15]) wenn man dem Pflichtteilsberechtigten in Fällen

---

„ausschlagen kann". Frommhold übersieht hierbei, daß die Ausschlagung einer Erbschaft zwar den Eintritt des Erbfalls, aber nicht den Beginn der Ausschlagungsfrist voraussetzt.

[15]) Vgl. aber auch Hellmann S. 235. Er legt folgenden Fall vor: Nachlaß: 10000, Schenkung an X 2000. Pflichtteilsberechtigt ist der einzige Sohn des Erblassers. Ordentlicher Pflichtteil also = 5000, Pflichtteilsergänzung = 1000. Der Sohn ist auf 3/4 der Erbschaft als Erbe eingesetzt, auf 1/4 ist ein extraneus berufen. Obschon der Sohn mit Vermächtnissen im Gesamtbetrage von 2500 beschwert ist, so nimmt er zu einer Zeit, in der ihm von der Schenkung an den X noch nichts bekannt ist, den ihm angebotenen Erbteil doch mit Rücksicht darauf an, daß sein ordentlicher Pflichtteil ungeachtet der ihm auferlegten Vermächtnisse [7500 (Erbteil) — 2500 (Vermächtnisse) = 5000 (ordentlicher Pflichtteil)] gedeckt ist. Später kommt die Schenkung auf. Wie soll dem Sohn geholfen werden? Hellmann findet keine Schwierigkeit und gibt dem Pflichtteilsberechtigten den auf 1000 sich belaufenden Ergänzungsanspruch ohne weiteres gegen den heres extraneus. Allein hierbei kann man sich nicht beruhigen. Denn es ist doch offenbar ganz willkürlich, wenn die Pflichtteilsergänzung lediglich dem heres extraneus aufgebürdet wird, während die dem Sohne auferlegten Vermächtnisse ohne jeden Abzug bleiben. Die Unhaltbarkeit dieser Behandlung tritt besonders deutlich hervor, wenn man annimmt, daß auch der heres extraneus mit Vermächnissen, etwa im Gesamtbetrag von 1250, belastet ist. Denn in diesem Falle würde die Ansicht Hellmanns zwar dazu führen, daß der heres extraneus die Hälfte der Pflichtteilsergänzung auf die ihn belastenden Vermächtnisnehmer abwälzen könnte (§ 2318 Abs. 1), wogegen die dem Sohne selbst auferlegten Vermächtnisse auch in diesem Falle unverkürzt blieben. Widerspruchsvoll Frommhold. Er entscheidet sich S. 295 Z. 1 a. E. für die Zulässigkeit der Anfechtung der Annahme, unter Z. 2 aber wieder für die Auffassung Hellmanns. Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2326 scheint die Billigkeit der im Texte vorgeschlagenen Lösung zuzugeben, hält aber zugleich die Möglichkeit einer befriedigenden Abhilfe durch die lex lata für ausgeschlossen.

Digitized by Google

der bezeichneten Art entweder gestattet, den gemachten Erwerb anzufechten,[16]) oder — dafern man sich zu dieser Lösung nicht entschließt — wenn man doch wenigstens in Ansehung der Pflichtteilsergänzung für alle Beteiligten praktisch dasselbe Resultat herstellt, das im Falle der Ausschlagung des vom Pflichtteilsberechtigten gemachten Erwerbs sich ergeben haben würde.[17])

c) Eine der unter b) a. E. aufgeworfenen verwandte Frage ergibt sich, wenn der Pflichtteilsberechtigte in Unkenntnis des Umstandes, daß ihm noch ein Recht auf Pflichtteilsergänzung zusteht, zur Deckung seines ordentlichen Pflichtteils ein ihm in Verbindung mit Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassenes Vermächtnis angenommen hat. Auch hier ist es mit der Billigkeit nicht verträglich, daß dem Pflichtteilsberechtigten bei der Feststellung des Betrages, der ihm noch als Pflichtteilsergänzung gebührt, der volle Wert des vermachten Gegenstandes ohne Rücksicht auf die Beschränkungen oder Beschwerungen angerechnet wird, und auch hier wird dem Pflichtteilsberechtigten die Befugnis zur Anfechtung der Annahme des Vermächtnisses zuzugestehen sein.

---

[16]) Zustimmend Schiffner S. 54.

[17]) In dem in Anm. 15 vorgeführten Falle würde sich unter der Voraussetzung der von seiten des Pflichtteilsberechtigten erfolgten Ausschlagung des ihm angebotenen Erbteils und unter der, der besseren Klarstellung wegen gemachten weiteren Annahme, daß der Erblasser für seinen Sohn einen Ersatzerben ernannt hat (§ 2320 Abs. 2), die Sachlage folgendermaßen gestalten: der Ersatzerbe würde im Verhältnis zu seinem Miterben nicht nur den ordentlichen Pflichtteil, sondern auch die Pflichtteilsergänzung (bez. dieser noch anders die 2. Aufl. S. 272 Anm. 7) ganz zu tragen haben. Der Ersatzerbe müßte somit von dem Werte seines Erbteils (7500) 6000 für den dem Sohne des Erblassers gebührenden Pflichtteil nebst Ergänzung und den Rest von 1500 zur Befriedigung der Vermächtnisnehmer verwenden. Ihm selbst bliebe nichts übrig, und die ihn belastenden Vermächtnisnehmer würden nach § 2320 einen Abzug im Gesamtbetrag von 1000 erleiden. Diese Ergebnisse müssen selbst dann festgehalten werden, wenn man die Anfechtung der durch den Pflichtteilsberechtigten unter den im Texte angegebenen Voraussetzungen erfolgten Annahme nicht zulassen will. Darnach würde also der Pflichtteilsberechtigte sein Recht auf Ergänzung des Pflichtteils durch Kürzung der ihm auferlegten Vermächtnisse um 1000 durchsetzen können. In der 2. Aufl. a. a. O. war noch nicht richtig erkannt worden, daß, was § 2320 hinsichtlich des Pflichtteils bestimmt, auch hinsichtlich der Pflichtteilsergänzung gelten muß.

Digitized by Google

d) Ein Recht auf Pflichtteilsergänzung kann unter Umständen auch begründet sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte Alleinerbe des Erblassers geworden ist. Soweit hier der Wert der Erbschaft hinter dem Werte der Hälfte des durch die Zurechnung der Schenkung zum Werte der Erbschaft sich ergebenden Gesamtbetrags zurückbleibt, hat der pflichtteilsberechtigte Erbe den Anspruch auf Ergänzung gegen den Beschenkten (§ 2329 Abs. 1 Satz 2). Schwierigkeiten gleicher Art wie unter b) a. E. und unter c) ergeben sich aber wieder, wenn einerseits dem als Alleinerben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten Beschränkungen, Beschwerungen auferlegt sind, und wenn andererseits erst, nachdem der Pflichtteilsberechtigte die Erbschaft angenommen hat, hervorkommt, daß der Erblasser einem Dritten eine sehr erhebliche Schenkung gemacht hat.[18]) Wie ist hier zu ermitteln, ob und welche Ergänzung des Pflichtteils dem Pflichtteilsberechtigten noch gebührt? Und wenn dies ermittelt ist, wie findet der Pflichtteilsberechtigte rücksichtlich der ihm noch gebührenden Ergänzung seine Befriedigung? Hat er ein Recht zur Kürzung der ihn beschwerenden Vermächtnisse und Auflagen oder kann er sich an den Beschenkten halten? Die Motive V S. 466 bemerken im Hinblick auf den Fall, wo der Pflichtteilsberechtigte, dessen Recht auf Pflichtteilsergänzung in Frage steht, als Alleinerbe eingesetzt, aber mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert ist: „In diesem Falle steht der Pflichtteilsberechtigte vor der Wahl, die Erbschaft auszuschlagen oder anzunehmen. Schlägt er aus, so ist er in der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs einschließlich der Erhöhung durch den außerordentlichen Pflichtteil unbeschränkt. Nimmt er an, so hat er sich die Erbschaft auf den Pflichtteil so anrechnen zu lassen, als sei die Belastung mit Vermächtnissen nicht vorhanden; er kann infolgedessen gegen den Beschenkten nur dann und nur insoweit vorgehen, als — auch abgesehen von den Vermächtnissen — für ihn eine Benachteiligung eingetreten ist." Allein hierbei ist doch wieder nur daran gedacht, daß der Pflichtteilsberechtigte sich bei der Annahme der

[18]) Man denke etwa an folgenden Fall: Der Erblasser setzt seinen einzigen Sohn als Alleinerben des auf 20000 sich belaufenden Nachlasses mit der Bestimmung ein, daß der Erbe die Hälfte der Erbschaft dem N als Nacherben herauszugeben habe. Nachdem der Sohn die Erbschaft angenommen hat, kommt erst auf, daß der Erblasser seiner Schwester eine Schenkung in der Höhe von 20000 gemacht hat.

Digitized by Google

Erbschaft bereits darüber klar war, daß ihm wegen einer vom Erblasser vorgenommenen Schenkung eine Ergänzung des Pflichtteils gebühre, und die Möglichkeit ganz übersehen, daß die vom Erblasser vorgenommene Schenkung dem Pflichtteilsberechtigten erst hinterher bekannt wird.

Auch hier ist ein brauchbares Ergebnis nur auf dem unter b) a. E. bezeichneten Wege zu erzielen.[19])

e) Ist der Erbe (Allein- oder Teilerbe), gegen den von seiten eines Pflichtteilsberechtigten ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils geltend gemacht wird, selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die von ihm verlangte Ergänzung des Pflichtteils „soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluß dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde" (§ 2328). Dafür kann sich aber wieder der Pflichtteilsberechtigte wegen der ihm gebührenden Ergänzung des Pflichtteils an den Beschenkten halten (§ 2329).

Diese Behandlung führt unter Umständen zu unbilligen Ergebnissen. Beispiel: Der Nachlaß eines Erblassers, der von seinem Vermögen 40000 verschenkt hatte, beläuft sich auf 20000. Es sind zwei pflichtteilsberechtigte Söhne A und B vorhanden, von denen

---

[19]) Hellmann S. 236 legt folgendes Beispiel vor: Nachlaßvermögen = 20000, Geschenk an Dritten = 40000. Einsetzung des einzigen Sohnes als Alleinerben unter Belastung mit Vermächtnissen von zusammen 8000. Der ordentliche Pflichtteil im Betrage von 10000 ist hier durch den nach Abzug der Vermächtnisse verbleibenden Rest vollständig gedeckt, von dem auf 20000 sich belaufenden außerordentlichen Pflichtteil dagegen nur 2000. An wen hat sich also der Sohn wegen der ihm als Pflichtteilsergänzung noch gebührenden 18000 zu halten? Hellmann entscheidet, daß in dieser Beziehung lediglich der Beschenkte zu haften habe, gibt aber dabei selbst seiner Verwunderung darüber Ausdruck, daß die Vermächtnisnehmer zur Tragung der Pflichtteilsergänzung gar nicht herangezogen werden. Allein die Entscheidung Hellmanns ist überhaupt nicht haltbar. Würde der Sohn die Erbschaft ausgeschlagen haben, so müßte derjenige, welcher Erbe wirklich wird, dem Sohne als ordentlichen Pflichtteil 10000 und zur Deckung des außerordentlichen Pflichtteils im Betrage von 20000 den Rest des Nachlasses, d. i. 10000 leisten. Die Vermächtnisnehmer würden nichts erhalten, und hinsichtlich des vom Erben nicht zu deckenden Restes der Pflichtteilsergänzung, d. i. hinsichtlich des Betrages von 10000 würde der Beschenkte in Anspruch genommen werden können. Auf die Möglichkeit einer Abhilfe verzichtet auch hier Planck-Ritgen Erl. 2c z. § 2329.

Digitized by Google

der erstere als Alleinerbe eingesetzt, der letztere gänzlich übergangen ist. B spricht den Pflichtteil nebst Ergänzung im Gesamtbetrage von 15000 an, wovon auf den ordentlichen Pflichtteil 5000, auf den außerordentlichen 10000 entfallen. Nach § 2328 hat nun A dem B zwar den ordentlichen Pflichtteil zu gewähren, weitere Leistung kann er dagegen mit Rücksicht darauf verweigern, daß ihm nach Entrichtung von 5000 vom Nachlaß nur mehr 15000 verbleiben, d. i. gerade so viel, als ihm selbst, teils als ordentlicher Pflichtteil, teils als Ergänzung gebührt. B ist somit darauf angewiesen, die ihm gebührende Ergänzung gegen den Beschenkten geltend zu machen, und trägt also auch die Konsequenzen der Zahlungsunfähigkeit des letzteren. Der Gerechtigkeit entspricht dies nicht;[20]) sie würde vielmehr verlangen, daß mehrere Pflichtteilsberechtigte bezüglich der Deckung ihrer Pflichtteile gleichgestellt werden. Demgemäß hätte A in unserem Falle 10000 an B herauszugeben, so daß jeder der beiden Brüder hinsichtlich des nicht gedeckten Restes des außerordentlichen Pflichtteils von je 5000 sich an den Beschenkten zu halten haben würde.[21])

f) Zu den bereits unter d und e berührten Fällen, in denen der Pflichtteilsberechtigte das ihm als Ergänzung des Pflichtteils noch Gebührende vom Beschenkten fordern kann, kommt endlich noch ein dritter hinzu, der durch die Bestimmung des § 2329 Abs. 1 Satz 1 zwar nicht allein, aber doch zweifellos mit getroffen ist. Der Fall ist gegeben, wenn und soweit der Erbe nach den in betreff der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten maßgebenden Grundsätzen „zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist". Damit ist doppeltes gesagt: einmal, daß der Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils gegen den Beschenkten gestellt werden kann, wenn der beschränkt haftende Erbe wegen Insuffizienz des Nachlasses zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist. Dann aber auch, daß der Beschenkte hinsichtlich der Pflichtteilsergänzung nicht haftet, wenn der Erbe zur Leistung der Pflichtteilsergänzung allerdings verpflichtet ist, sei es auch nur aus dem Grunde, weil er, trotz der Insuffizienz

---

[20]) Vgl. auch Hellmann S. 237.

[21]) Es ist aber außerdem noch zu berücksichtigen, daß der Anspruch des B gegen den Beschenkten nach § 2332 bereits verjährt sein kann, noch bevor der Anspruchsberechtigte von der Schenkung Kenntnis erlangt hat.

Digitized by Google

des Nachlasses, etwa wegen Versäumung der Inventarfrist (§ 1994), für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin unbeschränkt haftet. Der Pflichtteilsberechtigte vermag an dem Verhalten des Erben, welches diesen schlechthin unbeschränkt haftbar macht, nichts zu ändern, muß dasselbe aber, wenn der unbeschränkt haftende Erbe zahlungsunfähig ist, dadurch büßen, daß er wegen der ihm gebührenden Ergänzung des Pflichtteils den Beschenkten nicht in Anspruch nehmen kann.[22])

g) Soweit nach dem unter d bis f Gesagten ein Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten überhaupt begründet ist, kann der erstere vom letzteren „die Herausgabe[23]) des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern" (§ 2329). Der Anspruch ist ein eigenartiger. Er geht auf einen Geldbetrag.[24]) Allein die Verurteilung des Beklagten hat mit der Beschränkung zu erfolgen, daß dem Kläger zum Zwecke seiner Befriedigung[25]) die Führung der Zwangsvollstreckung[26]) nur

---

[22]) Vgl. auch Motive V S. 467, ferner Schiffner S. 55 und Planck-Ritgen Erl. 2 a z. § 2329. Eigentümlich Hellmann S. 237; er scheint im direkten Gegensatz zu den Motiven der Meinung zu sein, daß der Beschenkte auf Ergänzung des Pflichtteils selbst dann nicht hafte, wenn der Pflichtteilsberechtigte seinen Ergänzungsanspruch gegen den Erben lediglich deshalb nicht durchzusetzen vermag, weil dem letzteren gegenüber dem ersteren die Wohltat der beschränkten Haftung zu statten kommt. Diese für den Pflichtteilsberechtigten denkbar ungünstigste Lösung ist vom Gesetz gewiß nicht gewollt.

[23]) Darüber, wie man sich diese „Herausgabe" zu denken hat, vgl. außer der folgenden Ausführung des Textes auch noch unten §§ 75, 81 d. D.

[24]) Anders Frommhold S. 299 Z. 2, der den Rechtsbehelf des § 2329 als „Anfechtung der Schenkung" charakterisiert und hieraus dann wieder einen dem Pflichtteilsberechtigten infolge der Anfechtung zukommenden Herausgabeanspruch im technischen Sinne ableitet.

[25]) Was von den im Texte bezeichneten Objekten der Zwangsvollstreckung nach Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten erübrigt, verbleibt dem Beschenkten.

[26]) Daß die Befriedigung des Klägers im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet, ist im Gegensatz zu den §§ 1973, 1990 in § 2329 allerdings nicht besonders gesagt, aber trotzdem als völlig zweifellos anzusehen; vgl. auch Wilke S. 283 Z. 4 und Planck-Ritgen Erl. 3 a z. § 2329. Selbstverständlich kann aber der Beschenkte mit dem Pflichtteilsberechtigten doch übereinkommen, daß dieser aus dem von der Schenkung noch Vorhandenen seine Befriedigung in anderer Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung finden solle.

Digitized by Google

insoweit eröffnet werde, als sich bei Anwendung der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[27]) eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beschenkten aus der Schenkung ergibt. Dem Beschenkten steht es jedoch zu, diese Art der Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten durch Zahlung des fehlenden Betrags abzuwenden (§ 2329 Abs. 2).[28])

Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten[29]) verjährt in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an (§ 2332 Abs. 2).

Hatte der Erblasser mehrere Schenkungen gemacht,[30]) so „haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht

---

[27]) Vgl. §§ 818, 819. Naheliegend ist die Frage, ob die strengere Beurteilung des Beschenkten nach § 819 auch schon in Ansehung der Zeit vor dem Erbfall mit dem Zeitpunkte eintritt, in welchem der Beschenkte weiß, daß wegen der an ihn erfolgten Schenkung ein gegen ihn sich richtender Anspruch auf Pflichtteilsergänzung voraussichtlich in Frage kommen wird. Dies dürfte zu bejahen sein. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so entfällt die Notwendigkeit der Heranziehung der Vorschrift des § 826, die Planck-Ritgen Erl. 3 b z. § 2329 unter besonderen Umständen zur Anwendung gebracht wissen will.

[28]) Die im § 2329 bestimmte Verpflichtung des Beschenkten ist verwandt mit der im § 1973 bestimmten Haftung des Erben gegenüber einem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger (vgl. dazu unten § 75 d. D.). Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Fällen besteht jedoch darin, daß die im § 1973 bezeichnete Einschränkung der Haftung vom verklagten Erben einredeweise geltend gemacht werden muß, während die im § 2329 bezeichnete Einschränkung der Haftung des Beschenkten schon ipso iure eintritt.

[29]) In betreff der Verjährung des gegen den Erben (oder den Miterben) sich richtenden Anspruchs auf Pflichtteilsergänzung enthält das Gesetz eine besondere Bestimmung nicht. Es bleibt also § 2332 Abs. 1 maßgebend. Hinsichtlich der hier bestimmten dreijährigen Verjährung dürfte aber anzunehmen sein, daß sie erst von dem Zeitpunkte an zu laufen beginnt, in welchem der Pflichtteilsberechtigte nicht nur von dem Erbfall und von der ihn dadurch, daß ihm weniger hinterlassen ist, als ihm mit Rücksicht auf die Schenkung gebührt, beeinträchtigenden Verfügung von Todeswegen, sondern auch von der Schenkung selbst Kenntnis erlangt. Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 5 z. § 2332.

[30]) Eine Besonderheit ergibt sich in dem Falle, daß die spätere Schenkung wegen Ablaufs der zehnjährigen Frist des § 2325 Abs. 3 nach Maßgabe dieser Vorschrift unberücksichtigt zu bleiben hat, während dies hinsichtlich der früheren Schenkung deshalb nicht zutrifft (§ 2325 Abs. 3 Satz 2), weil sie an den Ehegatten des Erblassers erfolgt ist. Dann haftet dem Pflichtteilsberechtigten nur der früher beschenkte Ehegatte. Vgl. auch Planck-Ritgen Erl. 4 a. E. z. § 2329.

Digitized by Google

verpflichtet ist" (§ 2329 Abs. 3). Darnach ist also zunächst festzustellen, wieviel von dem Betrag der Pflichtteilsergänzung nach Maßgabe des nach § 2325 Abs. 2 sich bestimmenden Wertes des geschenkten Gegenstandes auf den später Beschenkten entfällt. Nur insoweit, als der ermittelte Betrag hinter dem Gesamtbetrag der Pflichtteilsergänzung zurückbleibt, haftet der früher Beschenkte. Beispiel: Nachlaß = 10000. Der nach § 2325 Abs. 2 anzusetzende Wert des an den früher Beschenkten geschenkten Gegenstandes = 14000, der nach demselben Maßstabe sich bemessende Wert des an den später Beschenkten geschenkten Gegenstandes = 6000. Die nach § 2325 Abs. 1 vorzunehmende Zurechnung des Wertes der Geschenke zum Nachlaß ergibt die Summe von 30000. Pflichtteilsberechtigt ist der als Alleinerbe eingesetzte Sohn (S) des Erblassers. Der Pflichtteil nebst Ergänzung beträgt 15000 (und zwar 5000 ordentlicher Pflichtteil, 10000 Pflichtteilsergänzung). Hiervon sind 10000 durch den angefallenen Erbteil gedeckt. Hinsichtlich des ungedeckten Restes von 5000 haftet der später Beschenkte. Ob der Pflichtteilsberechtigte wegen der ihm gebührenden Pflichtteilsergänzung durch Inanspruchnahme des später Beschenkten auch Befriedigung zu erlangen vermag, ist gleichgültig. Scheitert diese also ganz oder teilweise an der Überschuldung des später Beschenkten oder daran, daß die diesem durch das Geschenk erwachsene Bereicherung seit dem Zeitpunkte, welcher nach § 2325 für die Bewertung des Geschenkes maßgebend ist, weggefallen ist, so kann deswegen der früher Beschenkte nicht in Anspruch genommen werden.[31]) Denkt man sich in dem vorliegenden Falle, daß die beiden Schenkungen von 14000 und 6000 gleichzeitig erfolgt seien, so würden die beiden Beschenkten von dem Pflichtteilsberechtigten im Verhältnis von 7 : 3 in Anspruch genommen werden können.

h) Der Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils kann unter Umständen jemandem zukommen, dem im konkreten Falle ein Recht auf den ordentlichen Pflichtteil nicht zusteht. So verhält es sich z. B., wenn folgende Voraussetzungen zutreffen: α) Der einzige Abkömmling

---

[31]) Teilweise anders Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2229. Darnach würde man zu unterscheiden haben, ob die Bereicherung vor oder nach der Klagerhebung weggefallen ist. Im ersteren Falle soll, soweit die Bereicherung weggefallen ist, der früher Beschenkte allerdings haften, im zweiten Falle nicht. Allein dieser Unterscheidung scheint die innere Rechtfertigung zu fehlen.

Digitized by Google

des Erblassers hat zwar nicht auf sein gesetzliches Erbrecht, aber doch auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet. β) Nachdem der Erblasser inzwischen einem extraneus eine recht erhebliche Schenkung gemacht hat, läßt er es bei der zu Gunsten des Abkömmlings eintretenden gesetzlichen Erbfolge bewenden. Hier kommt dem Abkömmling wegen des von ihm geleisteten Verzichtes der Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils nicht zu. Leben aber die Eltern des Erblassers, so ist für sie nach § 2309[32]) zwar nicht der Anspruch auf Leistung des ordentlichen Pflichtteils, wohl aber der auf Pflichtteilsergänzung begründet.[33])

III. 1. Eine besondere Erörterung ist jetzt noch der Frage zu widmen, wie mit der Pflichtteilsberechnung vorzugehen ist, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk vom Erblasser erhalten hat. Nach § 2327 ist hier zu unterscheiden, ob der Erblasser bei der Schenkung die Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet oder solche Anordnung unterlassen hat. Im ersten Falle ist die Schenkung auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung anzurechnen.[34]) Im zweiten Falle, der uns im folgenden allein zu beschäftigen hat, ist die Schenkung dagegen nicht auf den Gesamtbetrag des Pflicht-

---

[32]) Vgl. übrigens auch oben § 50 V S. 437, 438.

[33]) Man erwäge hierbei noch folgendes: Würde der Sohn auf sein Pflichtteilsrecht nicht verzichtet haben, so käme der im Texte erwähnte Anspruch gegen den Beschenkten dem Sohne selbst zu (§§ 2326, 2329). Infolge des Pflichtteilsverzichtes aber werden nach § 2309 an Stelle des Sohnes die Eltern des Erblassers anspruchsberechtigt. Vgl. auch Dekanatsprogramm S. 42. Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 1 z. § 2326. Anders Herzfelder S. 635 (Z. 3), dem gegenüber noch folgender Fall hervorgehoben werden mag. Ein Erblasser, der seinem einzigen Abkömmling wegen einer diesem zur Last fallenden Verfehlung den Pflichtteil gänzlich entziehen könnte, verschenkt einen großen Teil seines Vermögens unter Lebenden an einen Dritten und bestimmt dann letztwillig, daß er dem Abkömmling zwar den vom Nachlaß zu berechnenden Pflichtteil hinterlasse, ihm aber mit Rücksicht auf dessen Verfehlung das Recht auf Pflichtteilsergänzung entziehe. Will Herzfelder das von ihm selbst S. 599 (2. Abs. vor III) Gesagte nicht verleugnen, so muß er zugeben, daß der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung in diesem Falle nach § 2309 den noch lebenden (zum Verlangen auf Leistung des ordentlichen Pflichtteils selbstverständlich nicht berechtigten) Eltern des Erblassers zukommt.

[34]) Über den Fall, daß die dem Pflichtteilsberechtigten gemachte und auf den Pflichtteil anzurechnende Schenkung bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zugleich der Ausgleichung unterliegen würde, vgl. oben § 56 IV S. 488.

Digitized by Google

teils, sondern nur auf die Ergänzung anzurechnen. Die Konsequenzen dieser Entscheidung ergeben sich aus folgenden Beispielen:

a) Wert des Nachlasses = 20000. Als Erbe ist E (extraneus) eingesetzt, während des Erblassers Sohn A aus dem Grunde übergangen ist, weil ihm der Erblasser ohnedies schon 40000 durch Schenkung zugewendet hatte. Trotzdem kann A von E nach § 2327 die Entrichtung des ordentlichen Pflichtteils von 10000 verlangen. Die Frage der Ergänzung des Pflichtteils kommt gar nicht in Betracht, weil der einzige Beschenkte zugleich der einzige Pflichtteilsberechtigte ist. Würde der Erblasser dagegen, was ihm nach der Schenkung an seinen Sohn A an Vermögen noch übrig geblieben ist, anstatt es dem E durch Erbeinsetzung zuzuwenden, an diesen verschenkt haben, so daß sich der Nachlaß auf Null beliefe, so brauchte E an A nichts mehr abzugeben, weil das von A selbst empfangene und auf die Pflichtteilsergänzung im Betrage von 30000 anzurechnende Geschenk größer ist als jener.[35])

b) Als Alleinerben seines Nachlasses von 20000 setzt der Erblasser mit Rücksicht darauf, daß er seinem Sohne A kurz vorher ohnedies 40000 geschenkt hatte, seinen zweiten Sohn B ein. Nach § 2327 muß B dem A noch 5000 als ordentlichen Pflichtteil herausgeben, so daß ihm nur 15000 verbleiben. Würde der Erblasser dagegen auch hier wieder dem B, statt ihn als Erben einzusetzen, den Rest seines Vermögens geschenkt haben, so könnte A von B nichts beanspruchen, selbst dann nicht — und das verdient nachdrücklich hervorgehoben zu werden —, wenn sich das dem Vater nach der Schenkung an seinen Sohn A verbliebene und dann dem Sohne B geschenkte Vermögen nicht bloß auf 20000, sondern auf 120000 belaufen hätte. Denn auch bei dieser Annahme wäre, was dem A an Pflichtteil nebst Ergänzung (0 + 40000) gebührt, durch das von ihm erhaltene Geschenk von 40000 vollständig gedeckt. Was an den vorstehenden Ergebnissen auffallend ist, hätte sich durch die Vorschrift vermeiden lassen, daß das vom Pflichtteilsberechtigten selbst erhaltene

---

[35]) Ob dem A hier die Möglichkeit der Erbfolge offen steht, oder ob er von der Erbfolge durch Verfügung von Todeswegen ausgeschlossen ist, bleibt für das praktische Resultat ganz gleichgültig. Mag das eine oder das andere zutreffen, so erhält A doch jedenfalls aus dem Nachlasse nichts und hat er auch gegen den Beschenkten keinen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung. Unzutreffend Hellmann S. 237.

Digitized by Google

Geschenk immer, d. h. also nicht nur im Falle einer nach § 2315 bei der Zuwendung getroffenen Bestimmung auf den Pflichtteil überhaupt und nicht bloß auf die Ergänzung anzurechnen ist.[36]) Allein gerade diese Lösung mußte durch die in den §§ 2315, 2316 getroffenen Vorschriften als ausgeschlossen erscheinen, oder mit anderen Worten sie wäre nur in Verbindung mit einer grundsätzlichen Änderung des in den §§ 2315, 2316 eingenommenen Standpunktes möglich gewesen.

c) Erbe des Nachlasses im Werte von 20000 wird E. Bei Lebzeiten des Erblassers hat dessen einziger Sohn ein Geschenk im Werte von 5000 und tertius ein Geschenk im Werte von 15000 vom Erblasser erhalten. Der Gesamtpflichtteil des A beträgt somit: $\frac{20000 + 15000 + 5000}{2} = 20000$, wovon 10000 auf den ordentlichen Pflichtteil und 10000 auf die Pflichtteilsergänzung entfallen. Auf die letztere hat sich A den Wert der erhaltenen Schenkung anrechnen zu lassen, so daß er als Pflichtteilsergänzung noch 5000 zu beanspruchen hat. Bei der vorausgesetzten Sachlage haftet wie für den ordentlichen Pflichtteil so auch für die Pflichtteilsergänzung der Erbe.[37])

2. Für eine bestimmte Gruppe von hierher gehörenden Fällen trifft § 2327 (Abs. 2) noch folgende Sonderbestimmung:

> Ist der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so findet die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung.[38])

---

[36]) Vgl. Bähr, Gegenentwurf S. 388 (oben).

[37]) Aus den vorgelegten Beispielen ist somit ersichtlich, daß sich für den vom Erblasser beschenkten Pflichtteilsberechtigten ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung nur ergeben kann, wenn außer ihm noch ein Dritter beschenkt worden ist, und daß auch nur in diesem Falle die Anrechnung des erhaltenen Geschenks auf die Pflichtteilsergänzung praktisch wird. Dies und nicht mehr scheint Planck-Ritgen Erl. 1 zu § 2327 aussprechen zu wollen. Viel weiter geht jedoch Herzfelder mit der Behauptung (S. 638 oben), daß die Anwendung der Vorschriften des § 2327 durchaus ausgeschlossen sei, wenn nicht außer dem Pflichtteilsberechtigten (oder demjenigen, an dessen Stelle der Pflichtteilsberechtigte nach § 2327 Ab. 2 getreten ist) auch noch ein Dritter vom Erblasser beschenkt worden sei. Das Gegenteil beweist Abs. 2 von § 2327 und die sich hierauf beziehende weitere Ausführung des Textes.

[38]) Nach der Reichstagsvorlage hätten in diesem Falle auch die Bestimmungen der jetzigen §§ 2052, 2053 zur entsprechenden Anwendung kommen sollen. Die Reichstagskommission hat dies mit Recht gestrichen; denn insoweit

Digitized by Google

Ihr Eingreifen setzt voraus:

a) daß ein vom Erblasser beschenkter Abkömmling, der, wenn mit der Zeit der Schenkung der Erbfall zusammenträfe, unmittelbar als gesetzlicher Erbe erster Ordnung berufen sein würde,[39]) vor oder nach dem Erbfall weggefallen ist, und

b) daß an Stelle des weggefallenen Abkömmlings ein anderer Abkömmling des Erblassers pflichtteilsberechtigt geworden ist.

Trifft dies zu, so hat sich der unter b) bezeichnete Abkömmling nach § 2327 Abs. 2 in Verbindung mit § 2051 Abs. 1 hinsichtlich der Pflichtteilsergänzung so behandeln zu lassen, als ob die Schenkung ihm selbst gemacht worden wäre. Zur vollständigen Klarstellung noch einige Beispiele:

α) Wert des Nachlasses = 6000. Eingesetzter Erbe E; demselben stehen als pflichtteilsberechtigt gegenüber des Erblassers Sohn A und ein von dem verstorbenen Sohne B, dem der Erblasser 6000 geschenkt hatte, abstammender Enkel C. Der Gesamtbetrag des Pflichtteils nebst Ergänzung beläuft sich hier für A und C auf je 3000 und zwar der ordentliche Pflichtteil auf je 1500 und die Ergänzung gleichfalls auf je 1500. Die Bedeckung gestaltet sich aber also: Sowohl A als C können den ordentlichen Pflichtteil vom Erben E verlangen. Ein Anspruch des C — mag dieser nun Erbe des B geworden sein oder nicht[40]) — auf Ergänzung des Pflichtteils entfällt gänzlich, weil C sich hinsichtlich der Frage, ob ihm Pflichtteilsergänzung gebührt, so behandeln lassen muß, als ob die seinem Vater zugekommene Schenkung ihm selbst gemacht worden wäre. Wohl aber kann A die ihm gebührende Ergänzung des Pflichtteils von dem Erben E fordern, so daß diesem vom Nachlaß nur mehr 1500 verbleiben.[41])

---

§ 2053 für die Ermittelung des Inhalts von § 2051 Abs. 1 von Belang ist, muß er bei der entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift ohnedies herangezogen werden, im übrigen aber eignen sich die Bestimmungen der §§ 2052, 2053 zur Anwendung auf die Fälle des § 2327 Abs. 2 überhaupt nicht.

[39]) Vgl. hierzu § 14 d. D. (S. 67 ff.)

[40]) § 2051 behandelt beide Fälle gleich.

[41]) Nach Herzfelder S. 638 (oben) soll in diesem und in den folgenden Beispielen β und γ „vollständig übersehen“ (!) sein, „daß § 2327 eine Schenkung nicht nur an den Pflichtteilsberechtigten selbst, der die Ergänzung des Pflichtteils beansprucht, sondern vor allem nach § 2325 auch eine Schenkung an eine weitere Person voraussetzt.“ Hierzu ist zunächst zu

Digitized by Google

β) Wie ist unter sonst gleichen Verhältnissen wie unter α zu entscheiden, wenn der vom Erblasser beschenkte B der einzige Sohn des Erblassers gewesen ist? Ist auch dann § 2051 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung zu bringen? Man wird dies selbst unter der Voraussetzung, daß C Erbe des B nicht geworden ist, bejahen und demgemäß entscheiden müssen, daß C bei der angenommenen Sachlage nur den ordentlichen Pflichtteil von 3000 beanspruchen kann und nicht auch die Ergänzung von abermals 3000; denn andernfalls würde man zu dem Ergebnisse gelangen, daß es dem Erben E zum Vorteil gereichte, wenn neben dem Pflichtteilsberechtigten C auch noch der Pflichtteilsberechtigte A vorhanden ist.

γ) Nimmt man unter sonst gleichen Verhältnissen wie unter α an, daß der mit 6000 beschenkte B vor dem Erblasser ohne Hinterlassung eines Abkömmlings gestorben ist, so würde sich der ordentliche Pflichtteil des als pflichtteilsberechtigt allein in Betracht kommenden A auf 3000 belaufen und dessen Ergänzungsanspruch nach Maßgabe des § 2326 auf ebenfalls 3000; in betreff des Ergänzungsanspruchs müßte aber wegen § 2327 Abs. 2 in Verbindung mit § 2051 Abs. 1 doch wieder berücksichtigt werden, daß A, wenn B noch lebte, als Pflichtteilsergänzung nur 1500 beanspruchen könnte, und daß B selbst einen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung wegen des von ihm empfangenen Geschenks nicht gehabt haben würde. Insoweit nun A[42])

---

bemerken, daß in keinem dieser Beispiele von einer Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten, welcher die Pflichtteilsergänzung beansprucht, selbst die Rede ist, sondern nur von einer Schenkung an denjenigen, an dessen Stelle der spätere Pflichtteilsberechtigte tritt. Die Eigenart dieser Fälle prägt sich aber gerade dann am deutlichsten aus, wenn außer der Schenkung an den weggefallenen Abkömmling eine Schenkung an einen Dritten nicht vorliegt (vgl. besonders den schwierigen Fall γ). Was speziell die Beispiele unter α und β betrifft, so steht die Frage so: Ist bei der hier und dort angegebenen Sachlage § 2327 Abs. 2 maßgebend oder nicht? Wer sich für die Verneinung entscheiden wollte, müßte dem C in den bezeichneten Fällen des Textes den Anspruch auf Pflichtteilsergänzung gegen den E im Betrage von 1500 bzw. 3000 jedenfalls dann zugestehen, wenn C Erbe des B nicht geworden ist. Eine solche Lösung widerspricht aber sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinne des Gesetzes. Auf wessen Seite „vollständig übersehen" worden ist, um was es sich handelt, dürfte hiermit bereits zur Evidenz gebracht sein.

[42]) Anders ist aber wieder zu entscheiden, wenn außer dem B auch der A weggefallen ist, und infolgedessen der Vater des Erblassers als Pflichtteilsberechtigter in Betracht kommt. Unter dieser Voraussetzung findet § 2327

Digitized by Google

infolge des vor dem Erbfall eingetretenen Wegfalls des B an dessen Stelle getreten ist, muß er sich hinsichtlich des Ergänzungsanspruchs dieselbe Behandlung gefallen lassen, die dem B zu teil geworden sein würde. Ergebnis: A kann als ordentlichen Pflichtteil zwar 3000, als Pflichtteilsergänzung dagegen nur 1500 beanspruchen.

Wesentlich anders müßte die Entscheidung dagegen lauten, wenn B im Falle γ nicht durch seinen vor dem Erbfall erfolgten Tod, sondern infolge der gegen ihn geltend gemachten Erbunwürdigkeit als Pflichtteilsberechtigter weggefallen sein würde. Denn unter dieser Voraussetzung könnte der Wegfall des B dem A wegen der Vorschrift des § 2310 pflichtteilsrechtlich in keiner Weise zu statten kommen. B's ordentlicher Pflichtteil beliefe sich nach Maßgabe des § 2310 auf 1500 und sein Ergänzungsanspruch ebenfalls auf 1500, so daß die Voraussetzungen für das Eingreifen der Bestimmung des § 2327 Abs. 2 gar nicht gegeben sein würden.

δ) Nimmt man in dem oben unter Z. 1 c (S. 522) besprochenen Falle an, daß der vom Erblasser beschenkte einzige Sohn vor dem Erbfall mit Hinterlassung eines Abkömmlings (Enkels des Erblassers) gestorben ist, so gestaltet sich die Pflichtteilsberechtigung des Enkels mit Rücksicht auf § 2327 Abs. 2 genau so, als wenn das seinem Vater zu teil gewordene Geschenk ihm selbst gemacht worden wäre. Wie oben dem Sohne, so gebühren also hier dem Enkel als ordentlicher Pflichtteil 10000 und als Pflichtteilsergänzung nicht etwa 10000 sondern nur 5000.

3. Ist neben dem vom Erblasser beschenkten Pflichtteilsberechtigten noch ein weiterer Pflichtteilsberechtigter vorhanden, so kann unter Umständen diesem gegen jenen der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung zustehen. Beispiel: Nachlaß = 1000. Bei eintretender gesetzlicher Erbfolge werden des Erblassers Söhne: A, der von seinem Vater bereits ein Geschenk im Werte von 5000 erhalten hatte, und B Erben zu gleichen Teilen. Darnach ist der dem B gebührende Gesamtpflichtteil von 1500 durch den auf ihn entfallenden Erbteil nur bis zum Betrage von 500 gedeckt und kann er daher noch 1000 als Pflichtteilsergänzung beanspruchen, für die ihm A teils in seiner

---

Abs. 2 keine Anwendung. Der Vater kann somit vom Erben nicht allein den vollen ordentlichen Pflichtteil, sondern auch die volle Pflichtteilsergänzung beanspruchen, so daß dem Erben nichts übrig bleibt.

Digitized by Google

Eigenschaft als Miterbe, teils in seiner Eigenschaft als Beschenkter (§ 2329) haftet.

4. Die Vorschrift des § 2325 Abs. 3, nach der Schenkungen grundsätzlich unberücksichtigt bleiben, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind, ist, dafern der Erblasser nicht Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 angeordnet hat, auch auf den Fall anzuwenden, daß der Pflichtteilsberechtigte selbst der Beschenkte ist. Hierfür spricht zunächst der Umstand, daß § 2325 Abs. 1 — wie sich aus der in Abs. 3 Satz 2 hinsichtlich des doch regelmäßig pflichtteilsberechtigten Ehegatten[43]) gemachten Einschränkung ergibt — unter dem „Dritten" jeden durch den Erblasser Beschenkten, mag er auch selbst pflichtteilsberechtigt sein, versteht, der von demjenigen Pflichtteilsberechtigten verschieden ist, dessen Pflichtteil gerade in Frage kommt. Beispiel: Ein Erblasser hinterläßt zwei Söhne A und B, von denen der erstere zehn Jahre vor dem Erbfall ein Geschenk des Erblassers von 10000 erhalten hat. Handelt es sich um die Pflichtteilsberechnung für den B, so ist A jedenfalls Dritter im Sinne des § 2325 und hat die Schenkung an diesen daher nach § 2325 Abs. 3 unberücksichtigt zu bleiben.[44]) Fraglich kann also nur mehr sein, ob die Anwendung der berufenen Vorschrift des Abs. 3 vielleicht dann zu entfallen hat, wenn der Pflichtteil des A selbst zu berechnen ist? Aber auch dies wird zu verneinen sein. Denn nach § 2327 Abs. 1 ist das Geschenk in unserem Falle in gleicher Weise und daher nur unter denselben Voraussetzungen wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlaß zuzurechnen. Liegen also die Verhältnisse so, daß das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlaß nicht zuzurechnen wäre, so unterbleibt auch die Zurechnung des vom Pflichtteilsberechtigten selbst erhaltenen Geschenks.[45])

---

[43]) Dieser Punkt hat in der bisherigen Literatur noch keine Beachtung gefunden.

[44]) Wollte man anders entscheiden, so müßte man zugleich zur Konsequenz gelangen, daß der beschenkte Pflichtteilsberechtigte, obschon die im § 2325 Abs. 3 bestimmten zehn Jahre zur Zeit des Erbfalls schon längst verstrichen waren, einem anderen Pflichtteilsberechtigten unter Umständen noch nach § 2329 auf Pflichtteilsergänzung haftet. Auch dies ist bisher noch nicht beachtet worden.

[45]) Anders allerdings Planck-Ritgen Erl. 4 z. § 2327, aber ohne Berücksichtigung des oben bei Anm. 43, 44 Bemerkten. Die von Planck-

Digitized by Google

4. Abschnitt.

Erbverzicht.*)

§ 59.

I. Durch Erbverzicht[1]) können Personen, die ohne denselben als Erben, Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigte am Nachlaß beteiligt sein würden, von solcher Beteiligung ausgeschlossen sein. Der dem römischen Rechte fremde Erbverzicht beruht wie der Erbvertrag auf deutschrechtlicher und moderner Entwickelung. Er erfolgt durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem eventuellen Erben, Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigten und bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung in dem Sinne, daß der Verzichtsvertrag, also nicht etwa bloß die Erklärung des Verzichtenden, sondern auch die Erklärung des Erblassers gerichtlich oder notariell beurkundet sein muß (§ 2348).[2]) Eine Verbindung des Erbverzichts

---

Ritgen und Anderen angerufenen Protokolle VI S. 105 enthalten Maßgebliches nicht. Daß sich aus der Entscheidung des Textes hier und da Unbilligkeiten ergeben können (vgl. dazu 2. Aufl. d. B. S. 280), berechtigt noch nicht zu einer abweichenden Behandlung. Denn bei der Anwendung des § 2325 Abs. 3 lassen sich auch sonst unbillige Ergebnisse nicht vermeiden.

*) Beseler: Die Lehre von Erbverträgen, T. 2 Abt. 2 § 24 ff.; Hofmann in Grünhuts Zeitschrift III S. 649 bis 669; Pfaff-Hofmann, Exkurse über österr. allg. bürg. Recht Bd. 2 S. 31 bis 56.

[1]) Nach § 1517 finden auf den Vertrag, durch welchen ein Abkömmling im voraus auf den Anteil am Gesamtgut, welcher auf ihn im Falle einer fortgesetzten Gütergemeinschaft entfallen würde, verzichtet, die Vorschriften über den Erbverzicht entsprechende Anwendung.

[2]) Bemerkenswert ist das Eingreifen der §§ 128, 152. Darnach brauchen also der Verzichtende und der Erblasser zum Zwecke des Abschlusses des Erbverzichtsvertrags nicht gleichzeitig anwesend zu sein, und kann der Erbverzicht insbesondere auch derart zustande kommen, daß zunächst der Verzichtende dem Erblasser seine gerichtlich oder notariell beurkundete Verzichtserklärung einhändigt, und daß dann von seiten des Erblassers in Abwesenheit des Verzichtenden innerhalb der anzunehmenden Gebundenheitsfrist (vgl. § 152 Satz 2) die gerichtlich oder notariell beurkundete Annahme stattfindet. Der Erbverzicht ist in diesem Falle wirksam, wenngleich der Verzichtende von der Annahme des Verzichts durch den Erblasser keine Kenntnis erlangt hat. Allein auch der umgekehrte Fall kann in der Weise vorkommen, daß der Erblasser in einer gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung demjenigen, welchem er den Erbverzicht zumutet, bekannt gibt, daß er die Abgabe der

Digitized by Google

mit anderen Verträgen,[3]) z. B. mit einem Erbvertrag,[4]) ist nicht ausgeschlossen.[5])

So wenig wie der Erbvertrag ist der Erbverzicht ein obligatorischer Vertrag. Durch den Erbverzichtsvertrag wird also nicht eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet; seine Wirkung ist eine rein erbrechtliche.[6]) Sie besteht darin, daß, soweit der Erbverzicht gültig erfolgt ist, der Verzichtende (und mit ihm auch derjenige, für welchen der Verzicht nach § 2349 mit wirksam ist) als Erbe, Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigter gar nicht in Betracht kommt.

Verzichtserklärung von dessen Seite erwarte und sich mit derselben schon im voraus einverstanden erkläre. Sobald hier der andere Teil, der Erwartung des Erblassers entsprechend, seine Verzichtserklärung unter Beobachtung der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung abgibt, ist der Erbverzicht perfekt, selbst wenn der Erblasser hiervon gar keine Kenntnis erlangt hat.

[3]) Vgl. übrigens auch unten S. 539.

[4]) In einem solchen Falle kann aber selbstverständlich die in § 2276 für den Erbvertrag vorgeschriebene Form nicht durch die weniger strenge Form des Erbverzichts ersetzt werden.

[5]) Kann ein Erbverzicht den Bestandteil eines Prozeßvergleichs bilden? Die Frage ist zu bejahen u. zw. selbst dort, wo auf Grund des Art. 141 EG. landesgesetzlich ausgesprochen ist, daß zur Beurkundung von Rechtsgeschäften nur die Notare zuständig sind. Denn, wie Planck-Ritgen Erl. 2 z. § 2348 mit Recht hervorhebt, bezieht sich der Vorbehalt des Art. 141 EG. nur auf die freiwillige Gerichtsbarkeit, nicht auf die Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte. Vgl. auch Rechtsspr. d. OLG. Bd. 2 S. 213.

[6]) Andere als spezifisch erbrechtliche Wirkungen kann der Erbverzicht nicht haben. Planck-Ritgen bezeichnet den Erbverzicht mit Rücksicht hierauf als einen abstrakten Vertrag. Der Ausdruck scheint darauf hinzuweisen, daß der Erbverzicht in ähnlicher Weise abstrakt sei wie der dingliche Vertrag oder der abstrakte obligatorische Vertrag. Dies würde aber nicht vollkommen zutreffen. Bei den letzteren Verträgen ist die Beschaffenheit des Kausalverhältnisses trotz der Abstraktheit des dinglichen Geschäftes bzw. trotz der abstrakten Verpflichtungserklärung insofern von entscheidender Bedeutung, daß wegen des vollständigen Mangels einer causa das begründete dingliche Recht, die begründete obligatorische Verpflichtung kondiziert werden kann. Beim Erbverzicht kann von einer Kondiktion wegen Mangels der causa ebensowenig die Rede sein wie beim Erbvertrag. Vgl. auch oben § 47 Anm. 1. Gegen wen sollte insbesondere der Kondiktionsanspruch des Verzichtenden nach dem Tode des Erblassers angestellt werden? Entspricht der geleistete Erbverzicht mit Rücksicht auf die neben ihm getroffene sonstige Verabredung der erklärten Absicht des Verzichtenden nicht, so kann hier nur durch Anfechtung Abhilfe geschaffen werden.

Digitized by Google

Der Erbverzicht ist hiernach wesentlich verschieden von folgenden Vorgängen:

1. Von der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses. Diese setzt voraus, daß der Erbfall bereits eingetreten ist, und erfolgt durch einseitige Erklärung des zur Erbfolge, zum Vermächtniserwerb Berufenen.

2. Von den im § 312 erwähnten Verträgen über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Sie sind grundsätzlich nichtig. Ausnahmsweise zulässig und zugleich an die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gebunden ist jedoch der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossene Vertrag. Wie die Voraussetzungen, so sind aber auch die Wirkungen eines solchen Vertrages ganz andere als die des Erbverzichts. Der Erbverzichtsvertrag wird zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser geschlossen, der Vertrag des § 312 Abs. 2 unter künftigen gesetzlichen Erben zwar bei Lebzeiten, aber ohne Zuziehung des Erblassers. Infolge des Erbverzichts kommt der Verzichtende als Erbe oder Pflichtteilsberechtigter rechtlich nicht in Betracht. Durch einen nach § 312 Abs. 2 geschlossenen Vertrag kann dagegen eine erbrechtliche Wirkung, vermöge deren das Erb- oder Pflichtteilsrecht eines Vertragsteils entfallen würde, gar nicht herbeigeführt werden. Läßt sich z. B. der auswandernde A laut eines nach § 312 Abs. 2 geschlossenen Vertrags von seinem Bruder B rücksichtlich des gesetzlichen Erbteils, den er nach seinem Vater zu erwarten hat, abfinden, so wird A beim Eintritt des Erbfalls — vorausgesetzt, daß es zur gesetzlichen Erbfolge überhaupt kommt — doch neben seinem Bruder B gesetzlicher Erbe mit allen daran sich knüpfenden Rechtsfolgen. Immerhin wird man es aber als möglich ansehen müssen, daß A schon im voraus nach Maßgabe des § 2033 über den ihm kraft Gesetzes zufallenden Anteil am Nachlaß zu Gunsten seines Bruders B verfügt[7]) und des-

[7]) Anders Planck-Ritgen Vorbem. 1 z. §§ 2346 ff. Daselbst wird ausgeführt, daß die Vornahme einer nach Maßgabe von § 2033 erfolgenden Verfügung den Eintritt des Erbfalls zur notwendigen Voraussetzung habe. Dies ist im allgemeinen sicherlich zutreffend. Allein § 312 Abs. 2 enthält Ausnahmerecht, das seinem praktischen Zwecke entsprechend ausgelegt werden muß. Vgl. dazu unten § 64 d. D. Auch von dem hier vertretenen Stand-

Digitized by Google

gleichen, daß A seinen eventuellen Pflichtteilsanspruch schon im voraus seinem Bruder B abtritt.[8])

3. Von dem nach dem Erbfall zwischen einem Pflichtteilsberechtigten und dem Erben geschlossenen, einer bestimmten Form nicht bedürftigen Vertrag, durch welchen der erstere seinen Pflichtteilsanspruch aufgibt. Während durch den zwischen dem eventuellen Pflichtteilsberechtigten und dem Erblasser geschlossenen und nach Maßgabe der §§ 2346 ff. zu behandelnden Pflichtteilsverzichtsvertrag bewirkt wird, daß der Pflichtteilsanspruch des Verzichtenden gar nicht zur Entstehung gelangt, wird in dem hier ins Auge gefaßten Falle ein bereits entstandener Pflichtteilsanspruch durch Verzichtsvertrag aufgehoben.[9])

II. Das BGB. anerkennt — und zwar mit Recht — nicht nur einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht der Verwandten und des Ehegatten,[10]) sondern auch den Verzicht auf das testamentarische[11]) und vertragsmäßige Erbrecht, sowie auf in einem Testament oder

---

punkte aus kann übrigens eine im Sinne des Textes vor dem Erbfall vorgenommene Verfügung erst mit dem Zeitpunkte des Erbfalls Wirksamkeit erlangen.

[8]) Die Vorschrift des § 400 in Verbindung mit § 852 CPO. steht hier schon mit Rücksicht auf die Sondervorschrift des § 312 Abs. 2 nicht im Wege. Vgl. übrigens auch oben § 53 Anm. 4.

[9]) Die im Texte einander gegenübergestellten Fälle verwechselt Frommhold S. 284 unter b, indem er in einem Falle, wo nur Pflichtteilsverzicht nach den §§ 2346 ff. in Frage kommen kann, von dem Verzicht auf einen bereits begründeten Pflichtteilsanspruch redet.

[10]) Als diejenigen, welche ihre eventuellen gesetzlichen Erbrechte aufgeben können, nennt das Gesetz (§ 2346) mit Absicht nur die Verwandten und den Ehegatten des Erblassers, nicht auch den Fiskus. Dem letzteren ist die Möglichkeit eines Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht aus dem Grunde verschlossen, weil er die ihm als gesetzlichem Erben angefallene Erbschaft nicht ausschlagen kann (§ 1942 Abs. 2), und ihm in Konsequenz hiervon daher auch die Möglichkeit versagt sein muß, die Voraussetzungen für das Eingreifen dieses zwingenden Rechtssatzes durch Erbverzicht auszuschließen.

[11]) Sehr erhebliche Bedeutung kommt dem Verzicht auf das testamentarische Erbrecht oder auf ein letztwillig ausgesetztes Vermächtnis freilich nicht zu; denn der Erblasser ist ja in aller Regel in der Lage, seine letztwillige Zuwendung ohne weiteres zu widerrufen. Immerhin lassen sich aber auch Verhältnisse denken, unter denen ein Widerruf von seiten des Erblassers nicht tunlich, ein Erbverzicht dagegen möglich ist. So verhält es sich z. B. im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Erblassers (§ 2347 Abs. 2 Satz 2).

Digitized by Google

Erbvertrag ausgesetzte Vermächtnisse (§§ 2346, 2352). In betreff des aus einem Erbvertrag sich ergebenden eventuellen Erb- und Vermächtnisrechts sind jedoch auseinander zu halten:[12])

1. die nach § 2290 zu beurteilende und der Zuziehung der etwa bedachten dritten Person nicht bedürftige Wiederaufhebung des Erbvertrags durch hierauf gerichteten neuerlichen Vertrag der Parteien, welche den Erbvertrag geschlossen haben, und

2. der Verzicht der in einem zwischen A und B geschlossenen Erbvertrag unwiderruflich bedachten dritten Person, der seine praktische Bedeutung dann bewährt, wenn es zu einem Wiederaufhebungsvertrag zwischen B und A nicht gekommen ist. Ein solcher Verzichtsvertrag[13]) ist sowohl bei Lebzeiten wie nach dem Tode des anderen Vertragsteiles möglich und bedarf im ersten Falle der Zustimmung des anderen Vertragsteiles nicht.[14])

---

[12]) Darüber, daß es sich hierbei nicht bloß um eine Verschiedenheit der Konstruktion, sondern auch um einen praktisch sehr erheblichen Unterschied handelt, vgl. bereits oben § 46 S. 394.

[13]) Eine Zweifelsfrage ergibt sich aus § 2291. Darnach kann der Erblasser ein Vertragsvermächtnis, mag es nun zu Gunsten des anderen Vertragsteils oder zu Gunsten eines Dritten angeordnet sein, testamentarisch aufheben, wenn der andere Vertragschließende mittels einer gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung der Aufhebung zustimmt. Wie verhält es sich aber, wenn diese Zustimmungserklärung im Falle eines Vertragsvermächtnisses zu Gunsten eines Dritten von diesem abgegeben wird? Wird dem Erblasser die testamentarische Aufhebung des Vertragsvermächtnisses auch hierdurch ermöglicht? Die Frage wird zu bejahen sein. Denn wenn sogar der an die strenge Form des § 2290 gebundene Wiederaufhebungsvertrag im Falle des § 2291 durch die in Verbindung mit der Zustimmungserklärung des anderen Vertragsteils erfolgende testamentarische Aufhebung des Vertragsvermächtnisses ersetzt werden kann, so muß doch wohl auch der nur der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürftige Verzichtsvertrag durch die in Verbindung mit der gerichtlich oder notariell beurkundeten Zustimmnng des dritten Vermächtnisbedachten erfolgende testamentarische Aufhebung des Vermächtnisses ersetzt werden können. Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 3b z. § 2352.

[14]) In mehrfacher Beziehung unzutreffend sind die Ausführungen bei Wilke S. 299 (Z. 1): Er behandelt nämlich im Falle einer erbvertragsmäßigen Zuwendung an einen Dritten beide Vertragschließenden „als Erblasser". Dies widerspricht direkt dem Gesetz (vgl. § 1941). Unrichtig sind daher auch die von Wilke aufgestellten Folgesätze, daß der verzichtende Dritte den Verzichtsvertrag mit beiden Parteien des Erbvertrags abschließen müsse, und daß die Möglichkeit eines solchen Erbverzichts ausgeschlossen sei, wenn auch nur

Digitized by Google

III. Der Verzichtende braucht den Erbverzicht nicht persönlich zu schließen. Fehlt ihm die unbeschränkte Geschäftfähigkeit,[15]) so ist, gleichviel, ob er den Verzicht persönlich (was aber bei Geschäftsunfähigkeit des Verzichtenden selbstverständlich ausschlossen ist) oder durch seinen gesetzlichen Vertreter abschließt, zur Wirksamkeit des Verzichts regelmäßig Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.[16]) Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügt jedoch, wenn der Verzichtende unter elterlicher Gewalt steht, und der Verzichtsvertag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird. Vgl. §§ 2347 Abs. 1, 2352.[17]) Bemerkenswert ist auch hier, daß der ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossene Erbverzichtsvertrag nach § 108 Abs. 3 durch noch vor dem Erfall[18]) erfolgende formlose Genehmigung des unbeschränkt geschäftsfähig gewordenen Verzichtenden wirksam wird.

Der Erblasser kann den Vertrag in aller Regel nur persönlich schließen und bedarf, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Ist der Erblasser jedoch geschäftsunfähig, so kann dessen gesetzlicher Vertreter

---

diejenige Person gestorben ist, mit welcher der Erblasser den Erbvertrag geschlossen hat.

[15]) Eine Ehefrau bedarf zur Vornahme eines Erbverzichts bei keinem Güterstande der Zustimmung ihres Mannes. Denn die Verehelichung hat eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Frau nicht zur Folge (und dies ist nach § 2347 entscheidend). Eine das Recht des Mannes berührende Verfügung im technischen Sinne ist aber im Erbverzicht nicht gelegen.

[16]) Über den Fall der Pflegschaft vgl. § 1915. Steht der Verzichtende unter der im § 1910 bestimmten Pflegschaft, so bedarf er übrigens, da er durch diese Pflegschaft in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt wird, zu einem von ihm persönlich oder durch einen von ihm besonders bestellten Bevollmächtigten abgeschlossenen Erbverzichtsvertrag weder der Genehmigung des Pflegers noch des Vormundschaftsgerichts. Erklärt dagegen der Pfleger den Verzicht für den Pflegebefohlenen ohne besondere Einwilligung oder Genehmigung des letzteren, so ist Genehmigung des Vormundschaftsgerichts allerdings erforderlich.

[17]) Gar nicht hierher gehören die von Boehm S. 244 Anm. 2 herangezogenen Bestimmungen der §§ 1643 Abs. 2 und 1822 Nr. 2; denn der daselbst erwähnte „Verzicht auf den Pflichtteil" bezieht sich nicht auf den Verzicht auf das Pflichtteilsrecht im Sinne des § 2346 Abs. 2, sondern nur auf den Verzicht auf einen bereits begründeten Pflichtteilsanspruch.

[18]) Vgl. Planck-Ritgen Erl. 2 a. E. zu § 2347.

Digitized by Google

den Vertrag für ihn schließen; in diesem Falle ist aber, es sei denn, daß der Erblasser unter elterlicher Gewalt steht, und der Vertrag zugleich unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird, auch noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Vgl. § 2347 Abs. 2.[19])

IV. Besonders wichtig ist der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht.[20]) Über ihn ist noch genauer zu sprechen.

1. Ist der verzichtende gesetzliche Erbe nicht pflichtteilsberechtigt, so wird durch den Erbverzicht ein Erfolg hergestellt,[21]) der sich in einem Hauptpunkte mit der Wirkung deckt, welche der Erblasser auch ohne Erbverzicht schon dadurch herbeiführen kann, daß er den betreffenden gesetzlichen Erben durch letztwillige Verfügung von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt. Denn wie der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge Ausgeschlossene, so wird auch derjenige, welcher durch letztwillige Verfügung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, als gesetzlicher Erbe gar nicht berufen; ein Pflichtteilsrecht des Ausgeschlossenen kommt aber nach unserer Annahme nicht in Betracht. Allein im Verhältnis zu anderen pflichtteilsberechtigten Personen, die bei eintretender normaler gesetzlicher Erbfolge neben dem in der angegebenen Weise Ausgeschlossenen gesetzliche Erben geworden sein würden, macht es nach den §§ 2310 und 2316 (Abs. 1 a. E.) doch einen großen Unterschied,[22]) ob die Ausschließung

---

[19]) Verfehlt war der dem § 2347 BGB. entsprechende § 2320 der Reichstagsvorlage; vgl. hierzu des Verfassers Anzeige von Gierkes Schrift: Das BGB. und der Deutsche Reichstag in der Deutschen Literaturzeitung, 1896 Nr. 10.

[20]) Ein solcher liegt übrigens nicht vor im Falle des § 1767; denn hier kommt das angenommene Kind nach Maßgabe des Annahmevertrags als eventueller gesetzlicher Erbe schon von vornherein nicht in Betracht.

[21]) Dies kann selbst bei Abkömmlingen des Erblassers zutreffen; so z. B., wenn ein Abkömmling, der infolge eines auf das Pflichtteilsrecht sich beschränkenden Verzichtes nicht mehr pflichtteilsberechtigt ist, später auch noch auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet.

[22]) Für das Erbrecht des BGB. (vgl. dessen § 2310 mit § 1987 von Entwurf I und dazu Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2346) nicht mehr zutreffend ist daher die Behauptung der Motive V S. 472, daß ein Erbverzichtsvertrag zwischen dem Erblasser und einem gesetzlichen Erben, dem kein Pflichtteilsrecht zukommt, ohne Bedeutung sei, weil der Erblasser den durch einen solchen Vertrag erreichbaren Zweck auch durch eine von ihm zu treffende letztwillige Verfügung erreichen könne.

Digitized by Google

des eventuellen Erben auf Erbverzicht oder nur auf einer letztwilligen Verfügung des Erblassers beruht. Denn im letzteren Falle wird der Ausgeschlossene bei der Berechnung des anderen Personen gebührenden Pflichtteils als gesetzlicher Erbe mitgezählt, im ersteren Falle dagegen nicht.[23])

2. Gehört der auf sein gesetzliches Erbrecht schlechthin verzichtende Anwärter zugleich auch zu den in concreto pflichtteilsberechtigten Personen, so kommt ihm infolge des Verzichts auch ein Pflichtteilsrecht nicht mehr zu (§ 2346 Abs. 1). Der Erfolg des Erbverzichts ist hier ein solcher, den der Erblasser gegenüber einem Pflichtteilsberechtigten, der sich einer die Pflichtteilsentziehung rechtfertigenden Verfehlung *nicht* schuldig gemacht hat, durch letztwillige Verfügung nicht herbeizuführen vermocht hätte.

3. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht braucht nicht notwendig ein vollständiger zu sein:

a) Es ist also z. B. sehr wohl möglich, daß ein eventueller gesetzlicher Erbe lediglich auf einen Bruchteil des bei eintretender normaler gesetzlicher Erbfolge auf ihn entfallenden Erbteils verzichtet.[24])

---

[23]) Das Gesetz bedient sich, um die Wirkung des vollständigen Verzichts auf das Erbrecht auszudrücken, der Formel, daß der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte (§ 2346). Einer ähnlichen Wendung bedient sich das Gesetz auch im § 2344, wenn es mit Bezug auf den Fall, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt wird, sagt, daß die Erbschaft in diesem Falle demjenigen anfällt, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Mit Rücksicht auf § 2310 macht es aber bei der Berechnung der Pflichtteile derjenigen Personen, welche bei eintretender normaler gesetzlicher Erbfolge neben dem Ausgeschlossenen erben würden, einen sehr erheblichen Unterschied, je nachdem dieser infolge eines unbeschränkten Erbverzichts oder infolge der hinsichtlich seiner erfolgten Erbunwürdigkeitserklärung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist.

[24]) *Planck-Ritgen* Erl. 4 zu § 2346 wirft die Frage auf, ob sich der Verzicht eines gesetzlichen Erben auch auf die durch den Wegfall eines Miterben eintretende *Erweiterung* des Erbteils, auf welchen verzichtet worden ist, erstrecke. Soweit hierbei an eine „Erhöhung" des gesetzlichen Erbteils im Sinne des § 1935 gedacht ist — und es scheint an anderes nicht gedacht werden zu können — ist die Frage im Gegensatz zu *Planck-Ritgen* *unbedingt zu bejahen*. Denn eine Erhöhung im Sinne des § 1935 kann — da ihr der Charakter eines selbständigen Erbteils grundsätzlich fehlt (vgl. §§ 12 und 61 d. D.) — nur demjenigen zu statten kommen, welcher in Ansehung des zu erhöhenden Erbteils wirklich zum Erwerb gelangt. Ganz

Digitized by Google

b) Beim Erbverzicht eines eventuellen gesetzlichen Erben, der zugleich auch pflichtteilsberechtigt ist, sind noch folgende Möglichkeiten zu berücksichtigen:

α) Der Verzichtende kann hier seinen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht beschränken (§ 2346 Abs. 2). Ein solcher Verzicht hat das Ausscheiden des Verzichtenden aus der Reihe der gesetzlichen Erben des Erblassers nicht zur Folge. Soweit also der Erblasser dem Eintritte der gesetzlichen Erbfolge Raum gelassen hat, kommt der Verzichtende als gesetzlicher Erbe voll in Betracht. Ist der Verzichtende jedoch durch Verfügung von Todeswegen von der gesetzlichen Erbfolge ganz oder teilweise ausgeschlossen worden, so besteht die Wirkung des Verzichtes darin, daß der Pflichtteilsanspruch, welcher ohne den Verzicht für den Verzichtenden erwachsen sein würde, gar nicht zur Entstehung gelangt.

β) Kann ein Erbverzicht auch in der Weise stattfinden, daß der Verzichtende auf sein gesetzliches Erbrecht mit Vorbehalt des Pflichtteilsrechtes verzichtet? Diese bisher überwiegend verneinte Frage[25]) wird in den Motiven V S. 472 mit Recht bejaht. Für die Verneinung wird geltend gemacht, daß ein solcher Erbverzicht einen inneren Widerspruch in sich enthalte; denn, wer infolge des Erbverzichts das gesetzliche Erbrecht eingebüßt habe, könne unmöglich pflichtteilsberechtigt sein. Allein das ist, wie sich sofort herausstellen wird, mehr formalistisch als sachlich gedacht. Ein Erbverzicht der bezeichneten Art kann in verschiedener Weise gewollt sein: aa) entweder so, daß der Verzichtende in Ermangelung einer entgegenstehenden Verfügung des Erblassers zwar nicht zu seinem normalen gesetzlichen Erbteile, sondern nur zur Hälfte desselben Erbe werden, im Falle seiner durch Verfügung von Todeswegen erfolgten Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge aber den Pflichtteilsanspruch haben soll; bb) oder so, daß der Verzichtende unter allen Umständen nur den Pflichtteilsanspruch soll geltend machen können. Im letzteren Falle

anders verhält es sich mit der Frage, ob der für einen Berufungsgrund ausgesprochene Erbverzicht auch auf einen anderen Berufungsgrund zu beziehen ist. Hier wird man im Zweifel allerdings der engeren Auslegung den Vorzug zu geben haben.

[25]) Vgl. besonders Pfaff-Hofmann, Exkurse S. 44. Für die Verneinung glauben sich auch Endemann III § 64 Anm. 27 und Herzfelder S. 662 aussprechen zu sollen.

Digitized by Google

wird durch den Erbverzicht derselbe Erfolg hergestellt, den der Erblasser auch ohne den ihm gegenüber geleisteten Verzicht dadurch herstellen konnte, daß er den gesetzlichen Erben durch Verfügung von Todeswegen von der gesetzlichen Erbfolge ausschloß (§ 1938), also ein Erfolg, der juristisch zweifellos möglich ist; nur wird dem Erblasser durch den Verzicht die Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge, die er sonst aussprechen müßte, erspart. Mit Bezug auf beide Fälle ist noch zu bemerken, daß bei ihnen ein vollständiger Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gar nicht vorliegt. Das ist im Falle aa) schon von vornherein klar. Es trifft aber auch für den Fall bb) zu; denn der in dieser Weise Verzichtende gibt von seinem gesetzlichen Erbrecht nur soviel auf, als ihm davon durch letztwillige Verfügung des Erblassers genommen werden könnte. Soweit das gesetzliche Erbrecht für den Verzichtenden als Quelle des Pflichtteilsrechtes und als Schranke für die Berechnung des Pflichtteils anderer Pflichtteilsberechtigten (§ 2310) in Betracht kommt, bleibt es mit Rücksicht auf den vom Verzichtenden gemachten Vorbehalt bestehen.[26])

4. Die in der Theorie des Erbverzichts vielbesprochene Frage, ob der Verzicht eines eventuellen Erben auf das gesetzliche Erbrecht auch dessen Nachkommen von der gesetzlichen Erbfolge ausschließe, entscheidet § 2349 dahin, daß sich die Wirkung des von einem Abkömmling oder Seitenverwandten des Erblassers geleisteten Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht, sofern nur ein anderes nicht bestimmt ist, auch auf dessen Abkömmlinge erstreckt.[27]) Bei der Festsetzung dieser Bestimmung wurde nicht verkannt, daß das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden ein selbständiges Recht ist und durch Vertrag des Verzichtenden mit dem Erblasser „an sich" nicht beseitigt werden kann, vielmehr dazu nach allgemeinen Grundsätzen ein Vertrag zwischen den Abkömmlingen selbst und dem Erblasser erforderlich sein würde. Allein man glaubte diesen grundsätzlichen Standpunkt mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens nicht durchaus festhalten zu können. Der Erbverzicht von Abkömmlingen und Seitenverwandten des Erblassers kommt weitaus

---

[26]) Im Ergebnis übereinstimmend Planck-Ritgen Erl. 2b zu § 2346.

[27]) Dasselbe muß übrigens auch im Falle eines auf den Pflichtteil sich beschränkenden Verzichtes gelten.

Digitized by Google

am häufigsten in Auswanderungsfällen vor. Hier wird das Verhältnis von den Beteiligten regelmäßig in der Tat so aufgefaßt, daß eine antizipierte Erbfolge stattfindet, und der Verzichtende das gesetzliche Erbrecht für seinen ganzen Stamm aufgibt. Vorzugsweise auf dieser Erwägung[28]) beruht die Dispositivvorschrift des § 2349.[29]) Zu ihrer Rechtfertigung läßt sich auch noch folgendes vorbringen: Ist der Verzichtende ein Seitenverwandter des Erblassers, so ist die Erstreckung der Wirkung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden deshalb unbedenklich, weil der Erblasser, da ein Pflichtteilsrecht hier gar nicht in Frage kommen kann, denselben Erfolg auch schon durch letztwillige Verfügung herbeiführen kann. Soweit aber das Gesetz die Erstreckung der Wirkung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden auch dann eintreten läßt, wenn der letztere ein Abkömmling des Erblassers ist, entspricht dies dem grundsätzlichen Standpunkt, den das Gesetz in verwandten Fragen einnimmt, insofern, als ja auch nach § 2315 dasjenige, was der Erblasser einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet hat, daß es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll, als etwas dem ganzen Stamme des Verzichtenden Gegebenes anzusehen ist. Auffallend bleibt jedoch, daß die Regel des § 2349 selbst dann gilt, wenn der verzichtende Abkömmling von dem Erlasser überhaupt nicht oder doch nicht mit einem dem Pflichtteil entsprechenden Betrag abgefunden worden ist.

5. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht kann sowohl ein absoluter, schlechthin gewollter, als auch ein nur relativer sein. Das letztere trifft zu, wenn der Verzicht lediglich zu Gunsten bestimmter Personen erfolgt, deren erbrechtliche Stellung durch den Verzicht verbessert werden soll.[30]) Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein solcher

---

[28]) Vgl. Protokolle V S. 607.

[29]) Auf den Erbverzicht eines Aszendenten des Erblassers bezieht sich § 2349 nicht.

[30]) In Verbindung mit einem solchen Erbverzicht kann möglicherweise auch ein Erbvertrag zu Gunsten desjenigen, welchem der Erbverzicht zu statten kommen soll, geschlossen werden wollen. Ob eine solche Absicht vorliegt, ist nach Maßgabe der konkreten Umstände zu entscheiden. Auch versteht es sich von selbst, daß eine solche Absicht zur Verwirklichung nur kommen kann, wenn den Anforderungen entsprochen ist, die das Gesetz an den Abschluß eines Erbvertrags stellt.

Digitized by Google

Verzicht nur gelten soll, wenn derjenige, zu dessen Gunsten er erfolgt ist, Erbe[31]) wird (§ 2350 Abs. 1). Im Falle eines von seiten eines Abkömmlings geleisteten Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht hat man aber im Zweifel sogar anzunehmen, daß der Verzicht nur zu Gunsten der anderen Abkömmlinge[32]) und des Ehegatten des Erblassers gelten soll (§ 2350 Abs. 2). Die Auslegungsregel kann aber offenbar dann nicht zur Anwendung kommen, wenn der Verzichtende nicht auf sein gesetzliches Erbrecht überhaupt, sondern nur auf den Pflichtteil verzichtet hat. Denn bei eintretender gesetzlicher Erbfolge würde der in solcher Weise Verzichtende neben den anderen Abkömmlingen und neben dem Ehegatten des Erblassers ja doch miterben; dafern es aber zur gesetzlichen Erbfolge nicht kommt, könnte der Pflichtteilsverzicht des Abkömmlings den übrigen Abkömmlingen

---

[31]) Damit ist übrigens noch nicht gesagt, daß ein solcher Verzicht immer vollwirksam ist, wenn die bestimmte Person Erbe wirklich wird. Beispiel: Des Erblassers Sohn A verzichtet zu Gunsten seines Bruders B auf das gesetzliche Erbrecht mit Einschluß des Pflichtteilsrechts. B wird Alleinerbe; er ist aber in dem Maße mit Vermächtnissen belastet, daß ihm nur die Hälfte des Wertes der Erbschaft frei übrig bleibt. Man wird hier dem A im Zweifel unbedenklich den Pflichtteilsanspruch auf den Wert von einem Viertel der Erbschaft zuerkennen dürfen. Behufs Deckung der Pflichtteilslast würde B den Vermächtnisnehmern den erforderlichen Abzug machen können. Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 1a zu § 2350.

[32]) Wie ist der Fall zu beurteilen, wo von des Erblassers drei Söhnen A, B, C der zuerst genannte durch Vertrag mit dem Vater auf sein gesetzliches Erbrecht lediglich zu Gunsten des Bruders C verzichtet hat? Es sind verschiedene Möglichkeiten auseinanderzuhalten: 1. Fällt C aus irgend einem Grunde als gesetzlicher Erbe aus, so ist der Verzicht wirkungslos. 2. Fällt B als gesetzlicher Erbe aus, so ist der Verzicht des A zu Gunsten des C vollwirksam. 3. Wie hat man aber zu entscheiden, wenn von den Brüdern B und C keiner ausfällt? Daß B 1/3 der Erbschaft erhält, ist zweifellos. Durch den Erbverzicht des A nicht erreichbar ist aber das Ergebnis, daß die dem B nicht gebührenden weiteren 2/3 der Erbschaft ganz dem C zufallen. Denn C kann durch den Erbverzicht des A keinesfalls besser gestellt werden, als er gestellt sein würde, wenn A nicht vorhanden wäre. In diesem Falle erhielte aber C nicht mehr als die Hälfte der Erbschaft. Da ferner der Verzicht des A dem B nicht zu statten kommen soll, so erhält dieser trotzdem nur 1/3, und fällt somit 1/6 der Erbschaft dem A selbst an. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur auf dem Wege des Erbvertrags gelangen, in den sich aber der Erbverzicht nicht umdeuten läßt, wenn den Formerfordernissen des Erbvertrags nicht genügt ist.

Digitized by Google

und dem überlebenden Ehegatten des Erblassers wegen § 2310 bei der Pflichtteilsberechnung nicht zu statten kommen.[33])

V. Die Leistung des Erbverzichts erfolgt nicht selten gegen eine dem Verzichtenden vom Erblasser gewährte Abfindung.[34]) In solchem Falle kommen aber keineswegs die Vorschriften über gegenseitige obligatorische Verträge zur Anwendung. Nach der Auffassung des Gesetzes liegen vielmehr zwei Verträge vor: der Vertrag, zufolge dessen dem Verzichtenden für seinen Verzicht eine Abfindung gewährt wird, und der Erbverzichtsvertrag, zufolge dessen mit Rücksicht auf die gewährte Abfindung auf das Erbrecht Verzicht geleistet wird. In betreff des Verhältnisses dieser beiden Verträge zueinander ist noch folgendes zu sagen:

1. Die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrags hat die Unwirksamkeit des Erbverzichts nicht schon ohne weiteres zur Folge.[35]) Im einzelnen Falle kann aber der Parteienwille doch insbesondere dahin erklärt sein, daß der Erbverzicht insoweit nicht wirksam sein soll, als der Abfindungsvertrag der Wirksamkeit entbehrt. Besteht eine derartige Abhängigkeit des Erbverzichts von der Wirksamkeit des Abfindungsvertrags nicht, so wird der Verzichtende aber doch — obschon das Gesetz einen positiven Anhaltspunkt hierfür nicht gibt[36])

---

[33]) Zustimmend Planck-Ritgen Erl. 4 zu § 2351.

[34]) Wird der Erbverzicht unentgeltlich geleistet, so liegt trotzdem keine Schenkung (§ 517), ja nicht einmal eine „unentgeltliche Verfügung" im Sinne des § 32 Nr. 2 und des § 3 Nr. 3 AnfGes. vor. Der Erbverzicht unterliegt daher in keinem Falle der Anfechtung durch den Konkursverwalter oder durch einen einzelnen Gläubiger des Verzichtenden.

[35]) Zu weit gehend ist es aber, wenn Planck-Ritgen Vorbem. 2 zu § 2346 behauptet, daß es für die Wirksamkeit des Erbverzichts durchaus gleichgültig sei, aus welchem Anlaß er, insbesondere ob er gegen Entgelt oder unentgeltlich geschlossen werde. Vgl. dagegen die folgende Ausführung des Textes.

[36]) Auch darüber, wie die Anfechtung durch den Verzichtenden stattzufinden hat, enthält das Gesetz keine Entscheidung. Es wird zu unterscheiden sein: Bei Lebzeiten des Erblassers muß die Anfechtung selbstverständlich diesem gegenüber erfolgen, jedoch ohne daß es dabei der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2282 Abs. 3) bedarf. Nach des Erblassers Tode wird die Anfechtung in gleicher Weise zu erfolgen haben, wie die gegen eine letztwillige Verfügung sich richtende Anfechtung, also je nach den Umständen durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner (vgl. dazu oben § 41 d. D.). Wie verhält es sich mit der Anfechtungsfrist? Die Heranziehung der all-

Digitized by Google

— den Erbverzicht bei nachträglich sich herausstellender Unwirksamkeit des Abfindungsgeschäfts als einen von ihm für diesen Fall nicht gewollten anfechten können. Denn die Anfechtung bildet hier den allein denkbaren Ersatz für die durch die rechtliche Natur des Erbverzichts ausgeschlossene Kondiktion der Verzichtserklärung[37]).

2. Die dem Verzichtenden von dem Erblasser gewährte Abfindung ist im Sinne der Parteien regelmäßig als ein Äquivalent dafür anzusehen, daß der Erbverzicht geleistet worden ist. Die Abfindung kann daher in Ermangelung einer besonderen Verabredung nicht schon deshalb zurückgefordert werden, weil sich die Erbfolge nach dem Erblasser so gestaltet, wie sie sich auch ganz abgesehen von dem Erbverzicht gestaltet haben würde. Beispiel: Der einzige Sohn des Erblassers hat gegen Abfindung auf das gesetzliche Erbrecht mit Einschluß des Pflichtteilsrechtes verzichtet. Der Verzichtende stirbt aber ohne Hinterlassung von Abkömmlingen schon vor dem Erblasser. Derjenige, welcher Erbe wirklich wird, kann deswegen die an den Abkömmling geleistete Abfindung noch nicht zurückfordern.[38])

---

gemeinen Vorschriften (§§ 121, 124) gibt kein annehmbares Resultat. Näher scheint es zu liegen, daß, soweit die Anfechtung des Verzichtsvertrags gegenüber dem Erblasser in Frage kommt, hinsichtlich der Anfechtungsfrist § 2283 zur entsprechenden Anwendung gebracht wird, bei der Anfechtung nach dem Tode des Erblassers dagegen § 2082 mit der Maßgabe, daß die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn das dem Erblasser gegenüber begründet gewesene Anfechtungsrecht zur Zeit des Erbfalls bereits erloschen war. Verteidigen läßt sich aber vielleicht auch die Meinung, daß das Anfechtungsrecht gegenüber dem Erblasser, mit Rücksicht auf den Umstand, daß die praktischen Folgen des Erbverzichts zumeist ungewiß sind und sich erst mit dem Erbfall herausstellen, unbefristet ist, so daß also dem Verzichtenden nach dem Tode des Erblassers die Möglichkeit der Anfechtung innerhalb der im § 2082 bestimmten Frist (vorausgesetzt, daß die Anfechtbarkeit nicht durch Bestätigung weggefallen ist) immer offen steht. Die zuvor erwähnte Lösung dürfte jedoch den Vorzug verdienen.

[37]) Im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung die zweite Auflage d. B. S. 289. Für die im Texte abgelehnte Auffassung Endemann III § 64 a. E. Der von ihm dem Verzichtenden in solchem Falle gewährte kondiktionenrechtliche Anspruch kommt praktisch der Gewährung eines unbefristeten Anfechtungsrechtes gegenüber dem Erblasser gleich, führt aber zu unüberwindbaren Konstruktionsschwierigkeiten, wenn der Verzichtende, der infolge des Erbverzichts Erbe nicht geworden ist, den Anspruch auf Wiederaufhebung des Verzichtsvertrags erst nach dem Erbfall geltend machen will.

[38]) Vgl. auch Pfaff-Hofmann, Exkurse II S. 49.

Digitized by Google

VI. Ein Vertrag, durch den auf das gesetzliche Erbrecht oder auch nur auf das Pflichtteilsrecht verzichtet worden ist, kann durch neuen Vertrag derselben Personen, welche jenen geschlossen haben, wieder aufgehoben werden. Der Aufhebungsvertrag bedarf derselben Form wie der Verzichtsvertrag selbst, und was für diesen im § 2347 Abs. 2 in Ansehung des Erblassers vorgeschrieben ist,[39]) soll auch auf den Aufhebungsvertrag zur Anwendung gebracht werden. Vgl. § 2351.[40]) An dieser Normierung ist bewerkenswert, daß ihr zufolge der in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser den auf Wiederaufhebung eines seinerzeit vielleicht teuer erkauften Erbverzichts gerichteten Vertrag ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bzw. ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam abschließen kann.[41])

Hat der Erblasser eine letztwillige Anordnung hinterlassen, laut deren von einem ihm gegenüber geleisteten und durch Aufhebungsvertrag nicht beseitigten Erbverzicht *abgesehen werden soll*, so wird in aller Regel anzunehmen sein, daß der Erblasser dem Verzichtenden (bzw. dem nach § 2349 durch den Verzicht betroffenen

---

[39]) Auch das rücksichtlich des Erblassers in § 2347 Abs. 2 Satz 2 Bestimmte. Es ist daher unrichtig, wenn Wilke S. 298 behauptet, daß der Erblasser bei dem auf Aufhebung des Erbverzichts gerichteten Vertrage „*immer*" persönlich mitwirken müsse.

[40]) § 2351 ist in dem von dem Verzicht auf das testamentarische und vertragsmäßige Erbrecht, ferner von dem Verzicht auf vermächtnisweise Zuwendungen handelnden § 2352 *nicht* berufen. Hat man daraus den Schluß zu ziehen, daß solche Verzichte durch Wiederaufhebungsvertrag nicht mehr rückgängig gemacht werden können? Diese allerdings wenig praktische Frage wird *nicht* zu bejahen sein; vgl. auch § 2257. Wie hier auch *Planck-Ritgen* Erl. 1 zu § 2351.

[41]) Gerade umgekehrt hatte die Reichstagsvorlage (vgl. §§ 2324, 2320 derselben) entschieden. Das gegenwärtige Resultat ist dadurch entstanden, daß die Reichstagskommission die auf ihre Veranlassung an § 2320 der Reichstagsvorlage mit Recht vorgenommene Abänderung (vgl. § 2347 BGB.) bei § 2324 der Reichstagsvorlage (vgl. § 2351 BGB.) unberücksichtigt ließ. Eine gewisse Rechtfertigung scheint das im Texte herausgestellte Ergebnis zwar durch die Erwägung finden zu können, daß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser den durch Erbverzicht Ausgeschlossenen ja doch auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als Erben einsetzen könne; hierbei bleibt aber, ganz abgesehen von anderen Bedenken, unberücksichtigt, daß ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erblasser keineswegs immer testierfähig ist.

Digitized by Google

Abkömmling des Verzichtenden) hierdurch letztwillig dasjenige zuwenden wollte, was diesem ohne den Verzicht angefallen sein würde. Die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Erben und eines Pflichtteilsberechtigten insbesondere vermag jedoch der Erblasser demjenigen, welcher sein gesetzliches Erbrecht überhaupt oder doch wenigstens sein Pflichtteilsrecht durch Erbverzicht aufgegeben hat, im Wege der letztwilligen Anordnung nicht[42]) zu verschaffen.[43])

5. Abschnitt.

Erbunwürdigkeit.*)

§ 60.

I. Die Erbunwürdigkeit (Indignität) ist römischen Ursprungs; wie von den meisten modernen Gesetzgebungen ist sie auch vom BGB. festgehalten, zugleich aber in einer der modernen Auffassung entsprechenden Weise ausgestaltet worden. Nach den Bestimmungen des BGB. sind zwei Momente für den Begriff der Erbunwürdigkeit wesentlich:

1. Es gibt keine absolute, sondern nur eine relative Erbunwürdigkeit, d. h. man kann nur erbunwürdig sein im Verhältnis zu einem bestimmten Erblasser, gegen den man sich vergangen hat.

2. Die Erbunwürdigkeit ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, sondern sie muß von anderen Nachlaßbeteiligten gegen den Erbunwürdigen geltend gemacht werden. Geschieht aber letzteres auf dem vom Gesetz vorgezeichneten Wege der Anfechtung, so gilt der dem Unwürdigen angefallene erbrechtliche Erwerb als von ihm nicht gemacht.

---

[42]) Anders (wenn auch mit einiger Zurückhaltung) in diesem Punkte noch die 2. Aufl. d. B. S. 291 Anm. 20. Vgl. aber dagegen mit Recht Planck-Ritgen Erl. 3 zu § 2351 und Herzfelder S. 669.

[43]) Beispiel: Hat der einzige Abkömmling des Erblassers durch mit diesem geschlossenen Vertrag auf sein gesetzliches Erbrecht schlechthin verzichtet, so vermag der Erblasser durch letztwillige Einsetzung des Abkömmlings zum Alleinerben daran nichts zu ändern, daß seine (des Erblassers) zur Zeit des Erbfalls noch lebenden Eltern pflichtteilsberechtigt sind.

*) E. Eck: Die Stellung des Erben in Bekkers und Fischers Beiträgen, Heft 17 S. 34 ff. W. Eck: Indignität und Enterbung (1894).

Digitized by Google

II. Erbunwürdig[1]) ist nach § 2339 Abs. 1:

1. wer[2]) den Erblasser[3]) vorsätzlich[4]) und widerrechtlich getötet[5]) oder zu töten versucht[6]) oder in einen Zustand versetzt hat,[7]) infolgedessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben;

---

[1]) Auf einem einheitlichen Gesichtspunkte beruhen die Vorschriften des BGB. über den Eintritt der Erbunwürdigkeit nicht. Nach der Absicht der zweiten Kommission (Protokolle V S. 635) sollen sie eine eigenartige Ergänzung der Vorschriften über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen und über die Pflichtteilsentziehung bilden. Zu diesem Zwecke wird bald der Gedanke der Strafe wegen einer schweren Verfehlung gegen den Erblasser in den Vordergrund gerückt (vgl. Nr. 1 von 2339 Abs. 1), bald wieder das für den Eintritt der Unwürdigkeit Entscheidende darin gefunden, daß jemand durch widerrechtlichen Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers dessen wirklichen Willen ins Ungewisse gestellt habe. Vgl. auch die weitere Ausführung des Textes.

[2]) Die Art der strafrechtlichen Teilnahme ist gleichgültig.

[3]) Boehm S. 14 hebt mit Recht hervor, daß die vorsätzliche Tötung des Vorerben durch den Nacherben Erbunwürdigkeit des letzteren nicht begründet. Vgl. aber doch oben § 25 S. 146.

[4]) „Auf einen Eingriff in die Testierfreiheit" des Erblassers braucht der Vorsatz des Handelnden in keinem der Fälle von Nr. 1 gerichtet zu sein; es genügt die auf Tötung bzw. Herbeiführung des im Texte bezeichneten Zustandes gerichtete Absicht (vgl. Motive V S. 517).

[5]) Vgl. auch l. 7 § 4 D. 48. 20, l. 9 D. 49. 14, ferner Sachsenspiegel III Art. 84 § 3; übereinstimmend das deutsche Rechtssprichwort: Blutige Hand nimmt kein Erbe. Unter die im Texte berufene Vorschrift fällt nicht nur Mord und Totschlag, sondern auch vorsätzliche Tötung im Zweikampf, dagegen grundsätzlich nicht Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (§ 226 StGB.). Wie ist der letzte Fall aber dann zu beurteilen, wenn die Absicht des Täters auf Herbeiführung eines Zustandes gerichtet war, infolge dessen der Verletzte dauernd hätte unfähig werden müssen, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben? Hier wird man sich sicherlich für den Eintritt der Erbunwürdigkeit auszusprechen haben. Es ist ferner noch zu fragen, ob die Einwilligung des Getöteten den Eintritt der Unwürdigkeit ausschließt? Mit Planck-Ritgen Erl. 2a zu § 2339 wird zu entscheiden sein, daß eine ernste und ausdrückliche Einwilligung (§ 216 StGB.) des Getöteten der Verzeihung (§ 2343) gleich zu achten ist.

[6]) Im Gegensatz zu § 2045 Nr. 1 von Entwurf I erst von der zweiten Kommission eingefügt.

[7]) In diesem Falle wird der Handelnde nach dem Wortlaut und nach der Absicht des Gesetzes durch bloßen Versuch noch nicht unwürdig.

Digitized by Google

2. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat,[8] eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben;
3. wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben;
4. wer sich in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen einer nach den Vorschriften der §§ 267 bis 274 des Strafgesetzbuches[9] strafbaren Handlung schuldig gemacht hat.

Die Unwürdigkeit wird in allen diesen Fällen durch Verzeihung[10] des Erblassers beseitigt (§ 2343); außerdem soll sie in den Fällen unter Nr. 3 und 4 auch schon dann als nicht eingetreten gelten, „wenn vor dem Eintritt des Erbfalls die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren die strafbare Handlung begangen worden ist, unwirksam geworden ist, oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde" (§ 2339 Abs. 2). Die eben angeführte Bestimmung findet ihre Erklärung in der grundsätzlichen Auffassung, welche das Gesetz in betreff der unter Nr. 3 und 4 angegebenen Fälle der Erbunwürdigkeit zum Ausdruck bringen wollte. Darnach soll die Unwürdigkeit hier nicht auf dem Gesichtspunkte der Strafe für die in den Nummern 3 und 4 bezeichneten Verfehlungen, sondern nur darauf beruhen, daß durch die Verfehlung der wirkliche Wille des Erblassers ins Ungewisse gestellt ist.[11] Als Konsequenz dieses Standpunktes schien sich aber wieder zu ergeben, daß Unwürdigkeit des sich Verfehlenden dann nicht mehr angenommen werden darf, wenn die durch die Verfehlung herbeigeführte Ungewißheit über den wirklichen Willen des Erblassers noch vor dem Erbfall in der im

[8] An den Verhinderungsversuch knüpft sich die Rechtsfolge der Erbunwürdigkeit auch in diesem Falle nicht. Vgl. die weitere Ausführung des Textes.

[9] Es handelt sich hierbei um das Delikt der Urkundenfälschung in den durch die berufenen Bestimmungen des StGB. getroffenen Gestaltungen.

[10] Sie ist selbst im Falle der Tötung derart möglich, daß der tödlich Verletzte sie vor dem Eintritt des Todes ausspricht.

[11] Vgl. Motive V S. 517 und den Bericht der Reichstagskommission S. 13. Die auf Veranlassung der Reichstagskommission an dem Abs. 2 von § 2312 der Reichstagsvorlage vorgenommene Änderung hat offenbare Inkonsequenzen zu beseitigen versucht. Ganz befriedigend ist aber die Bestimmung des jetzigen Abs. 2 von § 2339 dadurch noch nicht geworden.

Digitized by Google

Abs. 2 von § 2339 angegebenen Weise wieder weggefallen, und die Verfehlung somit ohne praktischen Erfolg geblieben ist.[12]) Zur Herausstellung des vom Gesetz eingenommenen Standpunktes mögen folgende Beispiele dienen:

a) Ein Erblasser, der vor seinem Tode, den er herannahen fühlt, noch ein eigenhändiges Testament errichten will, wird von einem seiner Verwandten V widerrechtlich bestimmt, des V Tochter T als Alleinerbin einzusetzen. Wenige Wochen darauf stirbt der Erblasser, aber doch erst, nachdem vorher bereits die T gestorben ist. Es kommt zur gesetzlichen Erbfolge, zu der neben anderen Verwandten des Erblassers auch V mitberufen ist. Nach § 2339 Abs. 2 kann gegen V die Unwürdigkeit deshalb nicht geltend gemacht werden, weil das Testament, zu dessen Errichtung der Erblasser widerrechtlich bestimmt worden war, noch vor dem Erbfall unwirksam geworden ist.[13])

b) Der auch hier als Verwandter des Erblassers gedachte V schreitet zur fälschlichen Anfertigung (§ 267 StGB.) eines angeblich vom Erblasser herrührenden Testaments, laut dessen V's Tochter T als Alleinerbin eingesetzt ist, und veranlaßt, sich dabei selbst für den Erblasser ausgebend, im Sinne des § 2248 die Übernahme des Testaments in amtliche Verwahrung. Hierbei entsteht zunächst die Frage, ob sich V durch dieses Verfahren der Verfehlung nach § 2339 Abs. 1 Nr. 4 überhaupt schuldig gemacht hat. Was die Antwort als zweifelhaft erscheinen lassen könnte, ist nicht etwa das StGB.,[14]) sondern vielmehr nur die Fassung von § 2339, laut deren eine nach den §§ 267 bis 274 StGB. strafbare Handlung nur erbunwürdig macht, wenn sie „in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen" begangen wurde. Bei Buchstabeninterpretation

---

[12]) Sehr beachtenswerte Bedenken hiergegen bei E. Eck S. 37 und W. Eck S. 88.

[13]) Daß diese Entscheidung dem gemeinen Rechtsgefühl entspricht, wird sich bezweifeln lassen (vgl. auch Bähr, Gegenentwurf S. 393, 394 Anm.). Gegen sie scheint vom Standpunkte rein sachlicher Erwägung außerdem noch geltend gemacht werden zu können, daß man ungeachtet der Unwirksamkeit des auf widerrechtlicher Einwirkung des V beruhenden Testaments über die wirkliche Absicht des Erblassers deshalb im unklaren bleibt, weil man nicht wissen kann, ob und wie der Erblasser testamentarisch verfügt haben würde, wenn die Einwirkung des V unterblieben wäre.

[14]) Denn eine, sei es nun nach § 267, sei es nach § 271 StGB. strafbare Handlung liegt jedenfalls vor.

Digitized by Google

könnte man daher auch zu dem Ergebnis gelangen, daß V in unserem Falle mit Rücksicht darauf, daß eine Verfügung des Erblassers gar nicht vorliegt, sich einer Verfehlung nach § 2339 Abs. 1 Nr. 4 nicht schuldig gemacht habe. Solche Auslegung würde jedoch nicht nur sachlich unhaltbar sein, sondern auch der durch die Berufung des § 267 StGB. (vgl. auch Motive V S. 519) im § 2339 zum Ausdruck gebrachten Absicht des Gesetzes offenbar widersprechen. Der Tatbestand des § 2339 Abs. 1 Nr. 4 ist also jedenfalls gegeben.[15]) Kommt es nun nach dem Tode des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge, und ist zu dieser neben anderen Verwandten auch der V mitberufen, so kann gegen ihn die Erbunwürdigkeit geltend gemacht werden, und zwar ohne alle Rücksicht darauf, ob die in dem fälschlich angefertigten Testament als Alleinerbin benannte T noch lebt oder schon vor dem Erbfall gestorben ist. Denn ein Eingreifen der Vorschrift des § 2339 Abs. 2 ist in unserem Falle aus dem einfachen Grunde ausgeschlossen, weil man in Ansehung einer gar nicht vorhandenen Verfügung des Erblassers niemals sagen kann, daß sie hinterher ihre Wirksamkeit eingebüßt habe.

Würde V dagegen, statt der fälschlichen Anfertigung eines angeblich vom Erblasser herrührenden Testaments, ein vom Erblasser wirklich herrührendes Testament durch Streichung des vom Erblasser eingesetzten Erben X und Bezeichnung seiner (des Fälschers) Tochter T als Erbin gefälscht und dann veranlaßt haben, daß das gefälschte Testament von dem ahnungslosen Erblasser in Verwahrung gebracht wird, so scheint nach § 2339 Abs. 2 die Erbunwürdigkeit des V als nicht eingetreten behandelt werden zu müssen, wenn die vom Erblasser vorgenommene Einsetzung des X vor dem Eintritt des Erbfalls durch den Tod des X unwirksam geworden ist. Vermeiden läßt sich dieses durch den Wortlaut des Abs. 2 von § 2339 gedeckte Ergebnis[16])

---

[15]) Die Worte „in Ansehung einer Verfügung des Erblassers" beziehen sich somit auch auf den Fall einer nicht vom Erblasser herrührenden Verfügung, die sich aber nach der Absicht des Anfertigers als eine vom Erblasser herrührende darstellen soll.

[16]) Diese Tatsache sollte nicht bestritten werden; denn es ist vor dem Eintritte des Erbfalls doch gerade die Verfügung, „in Ansehung deren die strafbare Handlung begangen worden ist, unwirksam geworden". Vgl. aber doch auch Küntzel S. 823 und Endemann III § 82 Anm. 12. Der Bemerkung des letzteren Schriftstellers, daß eine Fälschung dadurch

Digitized by Google

nur durch die von Willkür nicht freie Annahme, daß das Gesetz unseren Fall aus dem Grunde nicht mittreffen wollte, weil die infolge der vom V vorgenommenen Fälschung entstandene Gefahr durch den vor dem Erbfall eingetretenen Tod des vom Erblasser eingesetzten X in keiner Weise beseitigt wird.[17])

Zur Vervollständigung des über den Abs. 2 von § 2339 bereits Gesagten ist jetzt noch darauf aufmerksam zu machen, daß diese Bestimmung offenbar auch von Einfluß auf die Beurteilung des in der Nr. 2 von § 2339 Abs. 1 hervorgehobenen Falles der Erbunwürdigkeit ist. Denn wenn ein Erblasser, der von dem V zunächst vorsätzlich und widerrechtlich verhindert worden ist, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben, einige Zeit später eine solche Verfügung doch getroffen oder die errichtete Verfügung aufgehoben hat, so wird man im Sinne des Abs. 2 von § 2339 sagen müssen, daß V, weil er seine Absicht, den Erblasser an der Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen zu verhindern, schließlich doch nicht erreicht habe, als erbunwürdig *nicht* zu behandeln ist. Beispiel: Der Erblasser ist an der Aufhebung des Testaments, laut dessen er seinen nächsten gesetzlichen Erben übergangen und den entfernteren gesetzlichen Erben V als Alleinerben eingesetzt hatte, von diesem zunächst vorsätzlich und widerrechtlich gehindert worden. Später gelingt es ihm aber doch noch, einen Widerruf zu stande zu bringen. Beim Tode des Erblassers stellt sich heraus, daß derjenige, welchen der Erblasser als seinen nächsten gesetzlichen Erben betrachtete, kurz vorher gestorben ist, und daß nun doch V, zwar nicht als Testamentserbe, wohl aber als gesetzlicher Erbe berufen ist. Es wird nicht zu bestreiten sein, daß es hier unserem Rechtsgefühl wenig entspricht, wenn V, obschon von einer ihm zu teil gewordenen Verzeihung gar keine Rede sein kann, bloß deshalb als erbunwürdig *nicht* gilt, weil es dem Erblasser in einem von ihm benützten günstigen Augen-

---

nicht *gesühnt* werde, daß der vom Erblasser gewollte Erbe vor dem Erbfall stirbt, ist einfach entgegenzuhalten, daß Abs. 2 von § 2339 mit der „*Sühne*" wegen der daselbst erwähnten strafbaren Handlungen überhaupt nichts zu schaffen hat.

[17]) Auf die Erörterung weiterer Komplikationen soll verzichtet werden; sie würde wenig erfreulich sein, ist aber wegen der Seltenheit der in Betracht kommenden Fälle auch entbehrlich.

Digitized by Google

blick doch noch möglich war, seinen Widerrufswillen zum Ausdruck zu bringen.

III. Seine Erbunwürdigkeit bildet für den zur Erbfolge Berufenen zunächst kein Hindernis des Anfalls der Erbschaft. Allein sobald dieser erfolgt ist, kann der Erbschaftserwerb des Erbunwürdigen von jedem angefochten werden, welchem der Wegfall desselben, sei es auch nur mittelbar, zu statten kommt. Einem erbunwürdigen Nacherben gegenüber kann jedoch die Anfechtung schon erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist.[18]) Die Anfechtung geschieht mittels Klage,[19]) die innerhalb der im § 2082 für die Anfechtung von letztwilligen Verfügungen bestimmten Frist zu erheben und darauf zu richten ist, daß der Erbe für unwürdig erklärt werde. Ist dies rechtskräftig ausgesprochen, so gilt der Anfall an den Erbunwürdigen als nicht erfolgt, und wird die Erbschaft nach rückwärts hin als demjenigen angefallen behandelt, welcher, dafern der Unwürdige vor dem Erbanfall gestorben wäre, schon von vornherein als Erbe in Betracht gekommen sein würde. Vgl. §§ 2340 bis 2342, 2344.

Eine nicht zu verkennende Schwierigkeit ergibt sich aus § 2344 in Verbindung mit § 2080 Abs. 1. Nach § 2080 Abs. 1 ist zur Anfechtung einer erzwungenen oder auf entscheidendem Irrtum beruhenden letztwilligen Verfügung nur derjenige berechtigt, welchem „die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zu statten kommen würde". Der zu solcher Anfechtung Berechtigte kann nun möglicherweise erbunwürdig sein.[20]) Ein hierher gehörender Fall liegt z. B. vor, wenn des Erblassers nächster gesetzlicher Erbe G, der weiß, daß der Erblasser beabsichtigt, ihn von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen, diesen noch in letzter Stunde durch widerrechtliche Drohung zur Einsetzung der H, die G's Frau ist, und mit der sich leicht verständigen zu können er erwarten darf, bestimmt. Der Erblasser stirbt, und der H fällt die Erbschaft an. Zur Anfechtung des nach

---

[18]) Was angefochten wird, ist aber in diesem Falle nicht der Erbschaftserwerb des Nacherben, sondern nur dessen Anwartschaft auf den bevorstehenden Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 463 Anm. 18.

[19]) Über einschlagende prozessuale Fragen vgl. Hellwig a. a. O. S. 463, 468 ff.

[20]) Vgl. hierzu auch des Verfassers Anfechtung letztwilliger Verfügungen S. 58 ff.

Digitized by Google

§ 2078 anfechtbaren Testaments ist hier nach dem Wortlaut des § 2080 Abs. 1 nur der erbunwürdige G berechtigt, da die Aufhebung der letztwilligen Verfügung nur ihm als nächstem gesetzlichen Erben zu statten kommen würde. Allein gerade für ihn wird die Anfechtungsmöglichkeit nichts weiter sein als ein Pressionsmittel, dessen er sich nötigenfalls seiner Frau gegenüber bedienen wird, um das ihm entsprechende praktische Resultat zu erzielen; zur Anfechtung selbst wird er gewiß nicht schreiten, weil die Vornahme derselben zur voraussichtlichen Folge hätte, daß nun ihm gegenüber die Erbunwürdigkeit geltend gemacht und die Erbunwürdigkeitserklärung durchgesetzt wird. Wenn sich also die beiden Ehegatten verständigen, scheint ihnen nach dem Wortlaut des Gesetzes niemand etwas anhaben zu können: der eingesetzten H nicht, weil der einzige Anfechtungsberechtigte G guten Grund hat, das Testament nicht anzufechten, und dem G nicht, weil ihm die Erbschaft, eben weil er die Einsetzung der H nicht angefochten hat, noch gar nicht angefallen ist. Über dieses Ergebnis kann man nur dadurch hinauskommen, daß man in Fällen, wo der nach § 2080 Anfechtungsberechtigte erbunwürdig ist, das Anfechtungsrecht demjenigen zuerkennt,[21]) welchem die Ausübung desselben zu statten kommen würde, wenn von dem Erbunwürdigen abgesehen wird.[22]) Zur Rechtfertigung dieser

[21]) Zu weit gehend würde es übrigens sein, wenn man das Anfechtungsrecht nur der im Texte bezeichneten Person zuerkennen und dem Erbunwürdigen selbst also vollständig absprechen wollte. Um dies zu erkennen, braucht man sich nur einen Fall vor Augen zu halten, wo der Erbunwürdige, in der Hoffnung, daß die Umstände, vermöge deren er des Erbrechts unwürdig ist gar nicht aufkommen würden, das anfechtbare Testament wirklich angefochten hat. Es liegt hier durchaus kein Grund vor, vermöge dessen die vorgenommene Anfechtung für schlechthin unwirksam zu halten wäre. Es ist vielmehr nicht einzusehen, warum sich nicht derjenige, welcher abgesehen von dem Erbunwürdigen als Berechtigter in Betracht kommt, auf die Anfechtung des letzteren soll berufen und dann gegen den Erbunwürdigen nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 2340 bis 2342 soll vorgehen können.

[22]) Um seiner gegen die H sich richtenden Anfechtung den angestrebten Erfolg zu sichern, wird der nach Maßgabe des Textes Anfechtungsberechtigte aber freilich auch gegen den unwürdigen G entsprechend, d. h. mit Erhebung der Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit vorgehen müssen. Ist die Erbunwürdigkeitserklärung hinsichtlich des G rechtskräftig erfolgt, so kommt dieser hier nach rückwärts hin als ein zur Anfechtung der letztwilligen Anordnung des Erblassers Berechtigter nicht mehr in Betracht, und ist damit zugleich

Digitized by Google

Entscheidung wird gesagt werden dürfen, daß sie der Gesetzgeber selbst getroffen haben würde, wenn er den vorgelegten Fall vor Augen gehabt hätte.[23])

IV. Gegenüber einem erbunwürdigen Vermächtnisnehmer[24]) oder einem die Leistung des Pflichtteils verlangenden Pflichtteilsberechtigten bedarf es zur Geltendmachung der Unwürdigkeit nicht der Erhebung der Klage, sondern erfolgt die Anfechtung des Vermächtnis- bzw. Pflichtteilsanspruchs nach den Grundsätzen, die für die Anfechtung von auf mangelhafter Willensbestimmung beruhenden Vermächtnisverfügungen gelten (§ 2345). Hat aber der einem erbunwürdigen Vermächtnisnehmer oder einem solchen Pflichtteilsberechtigten gegenüber zur Leistung Verpflichtete die für die Vornahme der Anfechtung maßgebende Präklusivfrist versäumt, so steht ihm dem Anspruch des die Leistung Fordernden gegenüber eine peremptorische Einrede (d. h. ein Recht zur Verweigerung der Leistung) zu (§§ 2345, 2083).

---

für die im Texte bezeichnete Person die materielle Legitimation zur Anfechtung gegenüber der H gegeben. Daß in der angegebenen Weise gegen den unwürdigen G vorgegangen werden kann, bedeutet übrigens, da diesem die Erbschaft bei der vorausgesetzten Sachlage noch nicht angefallen ist, eine durch die Eigenart des Falles gerechtfertigte Abweichung von den grundsätzlichen Vorschriften des § 2340 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1.

[23]) Ähnliche Schwierigkeiten wie in dem im Texte behandelten Falle ergeben sich, wenn derjenige, welchem nach den §§ 2194, 2196 der Wegfall des mit einer Auflage Beschwerten unmittelbar zu statten kommt, erbunwürdig ist. Die Lösung wird auch hier auf dem im Texte angedeuteten Wege zu gewinnen sein.

[24]) Dem Vermächtnisnehmer im technischen Sinne steht auch hier derjenige gleich, welchem durch ergänzenden Rechtssatz ein sogenanntes gesetzliches Vermächtnis (vgl. oben § 17 d. D.) zugewiesen ist.

Digitized by Google

Nachträge.

Zusatz zu S. 9 a. E.: Eine gute Übersicht der erbrechtlichen Rechtsprechung in den Jahren 1900 und 1901 (und zum Teile auch noch darüber hinaus) gibt Bunsen in dem während des Druckes erschienenen 4. und 5. (Doppel-)Hefte der von Bernhöft und Binder herausgegebenen Beiträge zur Auslegung des BGB. S. 318—377.

Auf S. 99 ist als auf die siebente Zeile v. o., ad vocem geschehen ist sich beziehende Anm. 40 b einzuschalten: Vgl. hierzu RGE. v. 20. 2. 1902 Bd. 50 S. 215. Der zu Grunde liegende Sachverhalt ist folgender: Bei der Errichtung eines notariellen Testaments hatte die des Schreibens nicht kundige Erblasserin ihren letzten Willen dem Notar in die Feder diktiert und nach erfolgter Vorlesung der die Angabe des Orts- und Zeitdatums noch nicht enthaltenden Niederschrift das Vorgelesene genehmigt. Erst am Schlusse des Protokolls fügt der Notar in Verbindung mit den nach § 2242 erfolgenden Feststellungen die genaue Angabe des dem wirklichen Sachverhalt durchaus entsprechenden Orts- und Zeitdatums bei. Hierauf folgen die Unterschriften des Notars und der Zeugen. Nach der berufenen RGE. ist das Testament deshalb nichtig, weil der die Angabe des Orts- und Zeitdatums enthaltende Teil des Protokolls nicht vorgelesen und von der Erblasserin nicht genehmigt worden war. Ob diese Entscheidung mit dem vom RG. in der auf S. 98 Anm. 37 mitgeteilten Entscheidung eingenommenen Standpunkte ganz in Einklang zu bringen ist, wird zum mindesten als zweifelhaft bezeichnet werden dürfen.

Zusatz zu Anm. 20 auf S. 108: Ebenso RGE. v. 13. 10. 1902 Bd. 52 S. 277 (mit der durch das Wesen der Sache nicht gebotenen Begründung, daß die Angabe des Orts- und Zeitdatums im eigenhändigen Testament nur den Charakter des Zeugnisses habe).

Auf S. 525 ist als auf die Worte des Textes: gesetzlicher Erbfolge in der sechsten Zeile v. u. sich beziehende Anm. 42 a einzuschalten: Vgl. aber auch Pütter in den Beiträgen z. Erl. d. D. R. Bd. 47 S. 348. Er vertritt die Meinung, daß einem zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden Pflichtteilsberechtigten nach dem BGB. ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung niemals zustehen könne, und bezeichnet diese von ihm selbst für bedauerlich erklärte Lösung als die Folge eines Übersehens der Gesetzgebungskommission. Dem kann nicht beigetreten werden. Es ist vielmehr zu sagen, daß das Gesetz hier der sachlich angemessenen Entscheidung nicht die geringsten Schwierigkeiten bereitet.

Ex. A. L. P.
5/2/06.

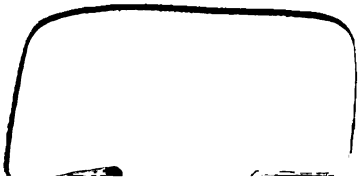
Digitized by Google

Druck von Georg Reimer in Berlin.

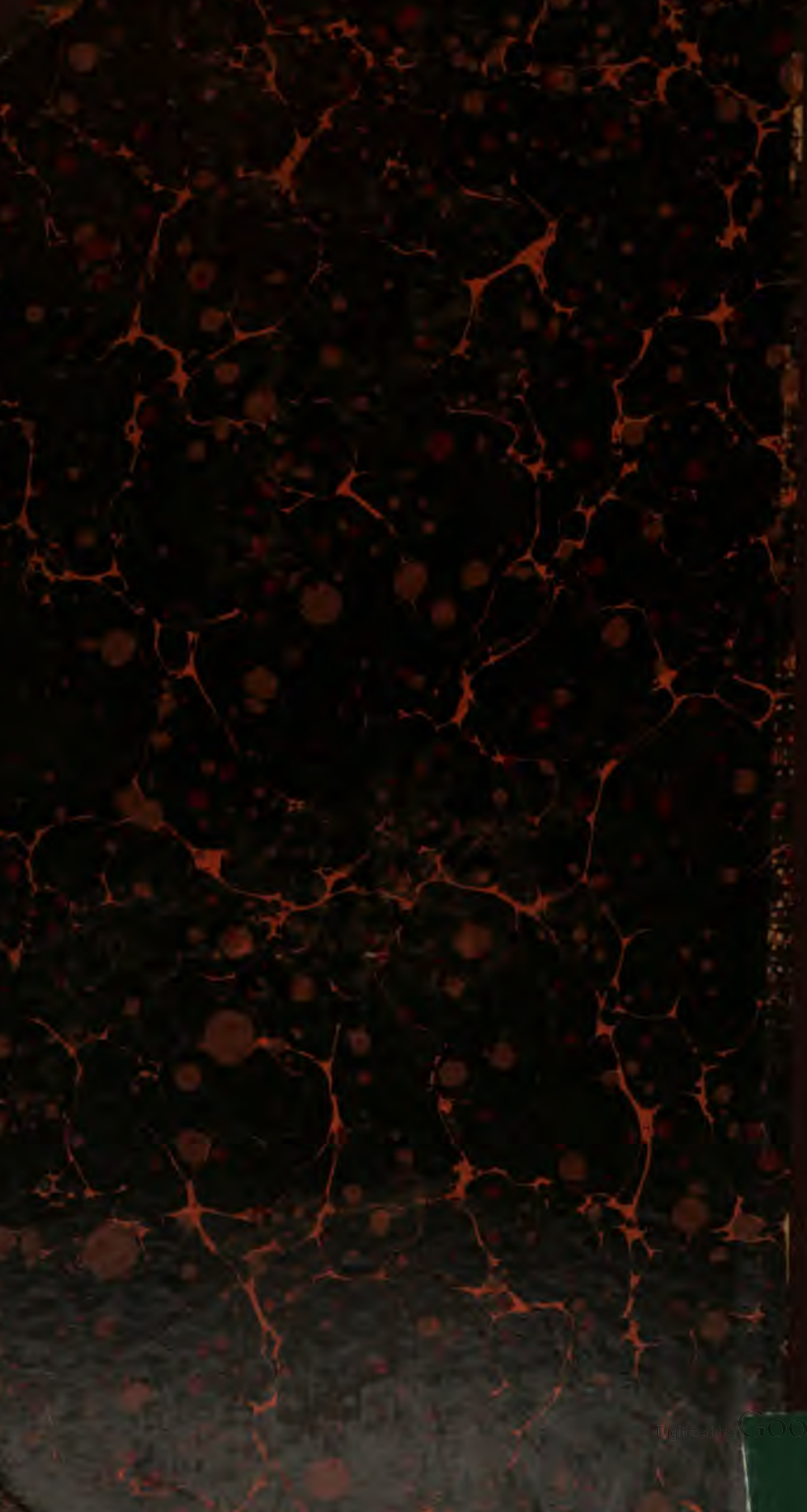
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google


Digitized by Google